



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2016/2018.

LEY CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO – LEY 9/2017.

**(POR LA QUE SE TRANSPONEN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL LAS DIRECTIVAS 2014/23/EU Y 2014/24/EU)**

Alumno: JUAN LUIS GONZÁLEZ ALISTE

Tutor: RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ

Salamanca, Noviembre de 2.017

**TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO – LEY 9/2017.**

**(POR LA QUE SE TRANSPONEN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL LAS DIRECTIVAS 2014/23/EU Y 2014/24/EU)**

**PUBLIC SECTOR CONTRACTS
ACT No 09/2017.**

**(WHERE THE DIRECTIVES 2014/23/EU Y 2014/24/EU
ARE TRANSPOSED TO THE SPANISH LEGAL ORDER)**

**Nombre del estudiante: JUAN LUIS GONZÁLEZ ALISTE
E-mail del estudiante: juanluis@gmx.net**

Tutora: RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ

RESUMEN

A través de las Directivas sobre contratación pública, la Unión Europea promueve en los ordenamientos nacionales los principios de integridad, transparencia, igualdad y competencia. Se establecen normas rigurosas en el uso de la publicidad en los procedimientos, se contemplan cláusulas sociales, se facilita el acceso de la PYME, se potencia la contratación electrónica y se eliminan los procedimientos contractuales potencialmente fraudulentos.

Se aprueba el 19 de octubre de 2017 el Texto legal de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, que transpone al Ordenamiento español las Directivas europeas de 2014. Un Texto consensuado a consecuencia de la compleja estructura política de las Cámaras.

Respecto a la normativa anterior, las variaciones son pocas, pero en todos los frentes: afectan a los procedimientos administrativos (nuevo procedimiento abierto simplificado, licitación con negociación, asociación para la innovación, criterio de adjudicación basado en la relación calidad-precio...), los contratos (división de los contratos en lotes, ajuste de las tipologías...), ámbito subjetivo (se incluye a partidos políticos y organizaciones), se extiende durante la vigencia de todo el contrato el régimen de esta ley, contratación electrónica, simplificación de los requisitos de capacitación y solvencia financiera en las PYMEs...

El recurso es el instrumento elegido para salvaguardar el principio de transparencia en la contratación. El recurso especial extiende su ámbito de legitimación, delimita su contenido, su procedencia y su ámbito competencial. Además, su interposición ahora es gratuita.

PALABRAS CLAVE

CONTRATACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS. ÁMBITOS. MODIFICACIÓN. RECURSOS.

ABSTRACT

Through the Directives on Public Procurement, the European Union promotes the principles of integrity, transparency, equality and competition in national laws. Rigorous standards are established in the use of advertising in procedures, social clauses are contemplated, SME access is facilitated, electronic contracting is strengthened and potentially fraudulent contractual procedures are eliminated.

The Revised Text of the Law on Contracts of the Public Sector was approved on October 19th, 2017, transposing the European Directives of 2014 into the Spanish Ordinance. A Text agreed upon as a result of the complex political structure of the Chambers.

Regarding the previous regulations, the variations are few, but on all fronts: they affect administrative procedures (new simplified open procedure, tender with negotiation, partnership for innovation, award criteria based on the price-quality ratio ...), Contracts (division of contracts into lots, adjustment of typologies ...), subjective scope (includes political parties and organizations), extends during the term of the entire contract the regime of this law, electronic contracting, simplification of the requirements of training and financial solvency in SMEs ...

The resource is the chosen instrument to safeguard the principle of transparency in Public Procurement. The Special Resource extends its scope of legitimacy, delimits its content, its origin and its competence scope. In addition, its filing is now free.

KEYWORDS:

PUBLIC PROCUREMENT. VALUES. AMBITS. MODIFICATION. RECOURSES (REMEDY).

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. ASPECTOS DESTACABLES DEL TEXTO LEGISLATIVO.....	7
2.1 CRONOLOGÍA.....	7
2.2 NOVEDADES.....	8
2.3 ESTRUCTURA.....	10
2.4 CONTENIDO.....	12
2.5 ESQUEMA.....	14
3. PRINCIPIOS COMUNITARIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	16
3.1 IGUALDAD DE TRATO.....	17
3.2 NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD.....	18
3.3 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.....	19
3.4 PRINCIPIOS GENERALES QUE INTERVIENEN.....	20
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	22
4.1 ÁMBITO SUBJETIVO.....	22
4.2 ÁMBITO OBJETIVO.....	24
5. PREPARACIÓN.....	26
6. ADJUDICACIÓN.....	27
6.1 LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.....	28
6.2 CRITERIOS DE VALORACIÓN.....	31
6.3 VARIANTES Y MEJORAS.....	33
6.4 MOTIVACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN.....	34
6.5 DESISTIMIENTO Y RENUNCIA.....	35
7. EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.....	36
7.1 FACTORES DE REVISIÓN.....	37
7.2 BREVE REFERENCIA AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.....	39
7.3 SUBCONTRATACIÓN.....	40
7.4 CUMPLIMIENTO. SUSPENSIÓN. EXTINCIÓN. RESOLUCIÓN.....	41
8. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES DE CONTRATOS PÚBLICOS ..	42
9. RÉGIMEN DE RECURSOS. MEDIDAS CAUTELARES.....	44
9.1 ACTOS OBJETO DE RECURSO.....	47
9.2 MEDIDAS CAUTELARES.....	47
9.3 ASPECTOS PRÁCTICOS.....	48
10. REFLEXIONES SOBRE LA LCSP 9/2017 2017.....	50
11. BIBLIOGRAFÍA.....	56

1. INTRODUCCIÓN.

La contratación pública¹, en un país moderno es una de las principales formas de intervención de un Gobierno en la política económica del Estado una parte importante de la actividad administrativa es contratar (la contratación pública alcanzó un 15-20% del PIB de la UE en 2016 y un 15,50% en España). Apoyándose en un uso pleno de las políticas de demanda, se pueden desarrollar el resto de propuestas políticas y objetivos sociales que acompañan a la actividad de un Gobierno.

El carácter supranacional de la globalización y transfronterizo de la contratación pública, ha obligado a los Estados a fijar las reglas de intervención mediante tratados y acuerdos internacionales que permitan la participación de empresas de unos Estados en el territorio de otros, en un régimen de igualdad y siempre salvaguardando el interés general, que será distinto dependiendo del sector afectado.

Se alteran en este campo las fuentes generales del Derecho nacional para dar paso a los Entes públicos supranacionales en los que la OCDE, ONU, OMC, UE... incorporarán a los textos legislativos nacionales sus exigencias normativas. La “Estrategia Europa 2020” señala a la Contratación Pública como instrumento para alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible, integrador y un aprovechamiento eficaz de los recursos económicos. La Comisión Europea fija un umbral económico por encima del cual son de aplicación las normas de contratación pública para prevenir las ineficiencias y corrupciones en el sector. Se estima que el valor total de las licitaciones para las que son de aplicación esas normas sobre contratación ascendió a 425.000 millones de euros en el año 2011. Su regulación supera la escala nacional y genera una intensa actividad normativa en las Instituciones Comunitarias.

Para España, será el ordenamiento comunitario el que bajo el prisma de los principios fundamentales presentes en el derecho originario (objetividad, transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato, imparcialidad, interdicción de la discriminación por razón de nacionalidad, lucha contra el fraude y la corrupción) se constituirá en el árbitro y garante de los procedimientos. El objetivo de integridad se infiere de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005), que proclama el derecho de todo ciudadano a una buena Administración. Se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, artículo 41, y se incorpora en nuestro ordenamiento a través de la Ley Orgánica 1/2008, que ratifica el Tratado de Lisboa.

¹ Será la Contratación Pública el proceso regulado por el cual un sujeto del sector público selecciona a una persona física o jurídica que deberá ejecutar una obra, prestar un servicio o suministrar un bien para cumplir una finalidad pública necesaria en cualquiera de sus formas.

La Comisión Europea, en su comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, documento 52011DC0293, bajo el subtítulo de “Una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes”, busca la protección de los intereses financieros de la Unión Europea para consolidar e incrementar la confianza pública y garantizar que el dinero de los contribuyentes se use correctamente. Ese documento tiene indicios sospechosos por valor de 279,8 millones de euros y declara que “Siempre que se perjudica a los intereses financieros de la Unión, las víctimas son todos los ciudadanos en su calidad de contribuyentes y se pone en peligro la aplicación de las políticas de la Unión”. Las conductas ilícitas en la contratación pública alteran el mercado, causando un aumento de precios, de las tarifas abonadas por los consumidores por la disposición de bienes y servicios y de manera generalizada siembran la desconfianza respecto de la UE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha actuado a través de sus sentencias como intérprete del derecho comunitario. Se puede establecer como común denominador de las resoluciones de los Tribunales los principios claves a salvaguardar: igualdad y libre concurrencia entre los licitadores. La asignación a este Tribunal de una interpretación única del Derecho común en todo aquello que pueda contravenir las reglas de la Unión Europea, dota al sistema jurídico de coherencia, de forma que las interpretaciones o prácticas nacionales que pudieran interferir el funcionamiento del mercado, no encuentran lugar.

Dentro de esta dinámica, la Comisión parlamentaria para el Mercado Interior elaboró el informe Rühle (2011) que plantea seis objetivos: clarificación del ámbito de aplicación y la colaboración público-privada, determinación del concepto oferta pública más ventajosa, simplificación de procedimientos y normas, favorecimiento de las PYMES, aumento de la eficacia de los procedimientos y generalización de la contratación electrónica. Los primeros principios se plasmarán en tres Directivas², que son aprobadas por el Parlamento Europeo. Se busca incentivar la participación de las PYMES en los contratos públicos, dándole una mayor presencia al contenido social y medioambiental. Con ellas se pretende actualizar las normas sobre contratación pública para garantizar la seguridad jurídica y actualizar los aspectos resaltados por la jurisprudencia del TJUE desde las normas anteriores, fundamentalmente las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

² **Directiva 2014/24/UE**, sobre contratación pública;

Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales;

Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión;

Son Directivas de contratos públicos de *cuarta generación*: mientras que las dos primeras son actualizaciones normativas de textos legislativos anteriores, para su revisión a la vista de la jurisprudencia del TJUE, la última tiene un marcado carácter novedoso y diferencia el *contrato de obras* de la *concesión de obras*, del que el TJUE había resaltado la obligación de someterla a los Tratados y principios generales del Derecho de la Unión.

A principios del siglo XXI, numerosas sentencias van configurando el papel del TJUE como competente para intervenir en materia de contratación nacional al amparo de los Tratados. Así se afirma reiteradamente que el TJUE es competente para indicar al juez nacional los elementos de derecho comunitario que pueden contribuir a la solución de cuestiones, pero al TJUE no le corresponde intervenir para solucionar cuestiones de competencia, calificación de situaciones jurídicas, adecuaciones de disposiciones generales nacionales al derecho nacional... (STJUE; *Universale-Bau AG*. C-470/99. 12-12-2002, *Makedoniko Metro*. C-57/01. 23-1-2003 o *Traunfellner GmbH*. C-421/01. 16-10-2003...) y será la producción de este Tribunal la que vaya modelando durante la vigencia de las Directivas de 2004 las reformas que se incorporan en las Directivas de 2014.

Este trabajo se redacta durante la tramitación legislativa en las Cortes Generales y tiene por objeto una primera aproximación general a la recientemente aprobada LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP), Ley 9/2017 de 9 de noviembre de 2017, que transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/EU y 2014/24/EU, sin profundizar en las especificidades de cada tipo de contrato, que requeriría cada uno de ellos un trabajo propio.

2. ASPECTOS DESTACABLES DEL TEXTO LEGISLATIVO.

2.1 CRONOLOGÍA.

Las Directivas Europeas surgen como derecho comunitario derivado para la armonización de las legislaciones nacionales, dirigidas a los Estados miembros y son de obligatoria transposición a los ordenamientos jurídicos internos. Las Directivas 23, 24 y 25 de 2014 fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Unión el 28 de marzo de 2014. Su plazo de transposición al Derecho nacional era hasta el 18 de abril de 2016. El Gobierno optó por transponer las tres Directivas comunitarias a través de dos Proyectos de Ley sobre la Contratación Pública³.

Tomada en consideración por el Consejo de Ministros en 2015, se tramita su información pública (21 de abril de 2015, mediante Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Adm. Públicas) y los Informes preceptivos (entre junio y julio de 2015) para acabar aprobándose el texto del Anteproyecto de Ley el 19 de octubre de 2015. El Gobierno remite el Anteproyecto de Ley al Consejo de Estado el 30 de octubre de 2015.

El Gobierno de España se encuentra en funciones desde las elecciones del 20 de diciembre de 2015 hasta el 29 de octubre de 2016 y no puede remitir Proyectos de Ley al

³ Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y Proyecto de Ley sobre procedimientos de Contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Congreso de los Diputados⁴. No existe poder legislativo eficaz y concluye el plazo para la transposición obligatoria. España se expone a sanciones desde la Comisión⁵. El 25 de noviembre es aprobado por el Consejo de Ministros y se presenta a la Mesa del Congreso el Proyecto de Ley para su tramitación de urgencia que es aprobada por la Mesa el 29 de noviembre de 2016 (un mes desde el nombramiento del Gobierno en minoría). Es el Segundo Proyecto de Ley presentado en la XII Legislatura, lo que da una idea de la urgencia de su aprobación. Éste es el convulso panorama en el que se realiza la tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

Una vez transcurrido el plazo obligatorio de transposición de las Directivas al ordenamiento interno (18 de abril de 2016), entra en funcionamiento el efecto directo de las Directivas: todos aquellos contenidos que sean incondicionales y suficientemente precisos pueden ser invocados por los particulares ante los Tribunales nacionales contra su Estado (para ser invocado ante los particulares, sólo en determinados supuestos). El efecto directo dura desde esa fecha y hasta la aprobación de la nueva Ley.

El 19 de octubre de 2017 se aprueba en el Congreso la nueva Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al Ordenamiento Jurídico español las Directivas 2014/23/EU Y 2014/24/EU, Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017. Según la Disposición Final decimosexta entrará en vigor a los 4 meses de su publicación en el BOE, lo que será el 9 de marzo de 2018

2.2 NOVEDADES.

Serán las novedades más destacadas de este Proyecto de Ley las siguientes:

- **Se concibe el contrato como una entidad única**, desde su preparación hasta su conclusión. Se endurece la permisibilidad para realizar las modificaciones y todas ellas deberán ser nuevamente publicadas y notificadas a los licitadores. Cualquier modificación fuera de los márgenes

⁴ El 27/07/2016 se emite la Recomendación de la Comisión a España, para que se transpongan las Directivas, como mecanismo de refuerzo de las políticas públicas y control del déficit - SWD(2016) 263 final

⁵ **TFUE art 260.3.** *“Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias.*

Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia”.

Una Recomendación de Decisión del Consejo (COM 518/2016) advierte a España de la necesidad de adoptar medidas que favorezcan la transparencia, mediante la introducción de controles a priori, a posteriori y la promoción de la libre competencia entre operadores.

delimitados implicará un nuevo contrato y una nueva adjudicación. El incumplimiento de los procedimientos conllevará la resolución del contrato. se establece un sistema más rígido de prohibiciones a la hora de contratar y los conflictos de intereses.

- En el contexto social actual de la corrupción y falta de transparencia, **se incluye explícitamente a partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales** en los que la financiación sea mayoritariamente pública (se atenderá a lo recogido en el Considerando 10, Directiva 2014/24 que precisa que “en su mayor parte” debe entenderse como “más de la mitad”, incluyendo el cálculo de todos los ingresos, aunque resulten de una actividad mercantil). Se busca evitar subterfugios formales que escondan en realidad contratos públicos para evitar fraudes y permitir su control. Incluso en encargos a los medios propios se utiliza la perspectiva comunitaria (capital público, idoneidad, que no suponga una injerencia en el mercado común...) y todo ente considerado como medio propio tendrá la consideración de poder adjudicador.
- **Se rebajan los umbrales económicos de los contratos menores**, se exige una motivación expresa de su necesidad y la justificación de que no es un fraccionamiento del contrato para evitar las cuantías establecidas
- La **Mesa de Contratación tendrá carácter técnico y no político**: será el órgano de asistencia técnica especializada (aunque en el ámbito local se permite cierta composición política hasta el máximo de un tercio del total de los miembros). Los criterios de adjudicación incluirán aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores.
- Ahora se convierte en **obligatorio el nombramiento de un Responsable del Contrato**, además del oportuno seguimiento ordinario del contrato que garantiza la correcta realización de la prestación.
- El **Registro de Contratos del Sector Público** inscribirá obligatoriamente los datos básico de todos los contratos por importe igual o superior a los 5.000 €, IVA incluido (con la excepción de aquellos legalmente excluidos). La comunicación incluye modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos...
Aquellos contratos por una cantidad inferior, sólo requieren una comunicación al Registro de Contratos simplificada.
- En cuanto a la **tipología de los contratos** se delimitan las definiciones de obras, servicios y concesión de obras y de servicios basándose en la transmisión del riesgo operacional. Se elimina la colaboración público-privada que ha tenido poca relevancia en la actividad pública. En otro tipo de contratos se realizan ajustes técnicos, incluso a nivel reglamentario, como el de obras (plazos de garantías), concesiones (concepto de Tasa Interna de Retorno, condición de tarifa a la retribución) ...
- En coherencia con la LJCA, se elimina la dualidad existente: centraliza la garantía jurisdiccional de **todo el contrato administrativo en sede**

Contencioso Administrativa: desde su preparación, adjudicación... hasta su terminación.

El contrato privado mantiene su propio régimen.

Se mantienen los Tribunales administrativos. El **recurso especial** se convierte en obligatorio y limitado a importes armonizados, incluyendo recursos contra modificaciones y encargos ilegales (se elimina su faceta precontractual).

- Numerosas medidas se encaminan a reducir los trámites burocráticos y **favorecer el acceso a la contratación con PYMEs:** se simplifica la clasificación empresarial, se clarifica la concepción de “adscripción de medios” de la solvencia, se generaliza en el procedimiento abierto la Declaración Responsable, se pone a disposición pública los pliegos del contrato y se dividirán en lotes los contratos (de forma contraria a lo que se venía haciendo) y se justificará si no procede esta división. Se extiende a todos los ámbitos la utilización de medios electrónicos: ofertas, facturas, publicidad (no es obligatoria la publicación en el Boletín Oficial), perfil del contratante...
- **Se matizan los procedimientos de contratación,** introduciéndose el procedimiento abierto con tramitación simplificada y eliminando el procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía, utilizado desmedidamente hasta la fecha. Además se permitirá la colaboración en asociación para la innovación, dotándola de autonomía jurídica y significado propio: consta de una fase de pre-comercial y una segunda fase de explotación comercial.
- Las **Juntas Consultivas de Contratación Pública** reciben la encomienda de examinar los textos de los contratos celebrados y valorar la existencia o no de prácticas no acordes a los principios generales.

2.3 ESTRUCTURA.

En una primera lectura se puede apreciar la continuidad de este nuevo texto con el esquema creado por la anterior disposición Ley 30/2007 – y el TRLCSP de 2011 - y el concepto de cuantía económica en lo relativo a su consideración como contrato sujeto a regulación armonizada. Con la adaptación de las correspondientes directivas comunitarias, se evolucionaba del concepto nacional de contrato administrativo de la Administración Pública a la definición comunitaria del ámbito de aplicación, designando como poder adjudicador a todo sujeto del sector público, con independencia de sus particularidades jurídicas.

En su aspiración por positivar todas las contingencias factibles y en el momento legislativo en el que ha sido tramitada, junto con la imperiosa y urgente necesidad de transponer las Directivas europeas por haber transcurrido el plazo y exponiéndose España a una nueva sanción, se ha generado un texto complejo, poco ordenado y que será de difícil

manejo en todos los sujetos públicos que no dispongan de un personal especializado en la gestión de la contratación. Tiene un marcado carácter reglamentario y muchas de sus disposiciones adicionales deberían formar parte de su articulado o del reglamento de desarrollo para facilitar su comprensión y manejo (el Anexo III contiene una detallada y exhaustiva relación técnica de los requisitos de los anuncios de publicación en función del tipo de contrato, de licitación, de fase del contrato, modificación...).

La nueva Ley de Contratos del Sector Público contiene un Preámbulo que recoge de manera resumida la justificación y procedencia de su tramitación, sus objetivos⁶, descripción de los cuatro Libros y una somera relación de los aspectos más novedosos o destacados que incorpora el texto (delimitación del contrato de concesión de servicios; normas diferenciadas para la concesión de servicios públicos, contratos mixtos de servicios a las personas, contratos de concesión de obras; régimen de contratos por entes públicos que no sean administración en materia de contratación en los sectores de agua, energía, transporte o servicios postales; endurecimiento de exigencias en los encargos a medios propios que eviten incurrir en una infracción de la libre competencia; modificación de las garantías a través de la ampliación del ámbito de aplicación de los recursos y sus efectos; lucha contra la corrupción, regulación aplicable a poderes adjudicadores que no son Administración Pública ...).

El texto normativo consta de 347 artículos, agrupados en un Título Preliminar (artículos 1-27) que contiene las disposiciones generales, a modo de definición de los principales conceptos que se incluyen en la Ley; cuatro Libros ordenados según las materias reguladas, bloques homogéneos de actuación o destinatarios (artículos 28-114, 115-315, 316-322 y 323-347); cincuenta y tres Disposiciones Adicionales; cinco Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria y dieciséis Disposiciones Finales. Además, se acompaña este Texto legal todavía de seis Anexos.

⁶ Mayor transparencia en la contratación pública.

Mejor relación calidad-precio, para lo que se permite incluir consideraciones medioambientales, sociales e innovadoras.

Simplificación de la tramitación que permita el acceso a mayor número de operadores económicos.

Incorporación al ordenamiento jurídico de las Directivas europeas citadas en el número anterior.

2.4 CONTENIDO.

El Título Preliminar incluye una de las novedades principales, reclamada por la sociedad e impuestas por la propia legislación derivada comunitaria⁷: Se amplía el ámbito subjetivo de manera que se incluyen partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como sus fundaciones y asociaciones, siempre que se den determinadas circunstancias⁸. Se sigue manteniendo la misma estructura: ámbitos de aplicación, exclusión de negocios y contratos, delimitación de los tipos de contratos contemplados en la Ley, umbrales de aquellos contratos sujetos a regulación armonizada. Concluye el Título con el art. 27, que contiene la jurisdicción competente en cada caso, atribuida por Ley.

El Libro Primero es el más extenso y el núcleo central de la concepción tradicional de la contratación pública. Recoge la configuración general de la contratación pública y contiene cuatro Títulos: el primero hace una aproximación general (principios a aplicar, forma del contrato, invalidez y recurso especial), el segundo trata de las partes que están presentes en el contrato (órgano que contrata, licitador: aptitud, capacidad, acreditación...; y sucesión), el tercer Título trata sobre el objeto del contrato y el cuarto Título sobre las garantías exigibles.

⁷ Art. 2.4, Directiva 24/2014: «*Organismo de Derecho público*»: cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

- a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y
- c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.

(este artículo 2.4 mantiene la misma definición de organismo de derecho público que se encontraba en la en el art. 1.2.9 – 2º párrafo de la Directiva 18/2014)

⁸ STJUE Asunto C-283/00 Comisión contra Reino de España (ECLI:EU:C:2003:544):

“69 Con carácter previo, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21, y de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-0000, apartado 52).

*...
81 Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).”*

El Libro Segundo se abarca los contratos con las Administraciones Públicas: un Título primero para regular el contrato de forma general (preparación, adjudicación y novedosamente se contempla el cumplimiento y la resolución) y un Título segundo que contempla las especificidades de los contratos de obras, contratos de concesión de obras, concesión de servicios, suministros y servicios (régimenes económicos, derechos de las partes, subcontratación...)

El Libro Tercero comprende a los otros Entes que se deben incluir dentro de la legislación de contratación de forma consecuente con las Directivas europeas: los Poderes Adjudicadores que no son Administraciones Públicas y a los Entes “Públicos” que no son Poderes Adjudicadores.

El Cuarto Libro regula la Gestión de la contratación: la competencia de cada órgano en materia de contratación (los órganos de contratación, de asistencia, órganos consultivos) y los informes específicos que hay que remitir para la adjudicación. En un Segundo Título, los Registros (Licitadores y Contratos), para acabar con un Tercer Libro que impulsa la publicidad por medios electrónicos, informáticos y telemáticos

Se añaden 53 Disposiciones adicionales (!!!), de contenidos muy diferentes y variados (v.gr: contratación en el extranjero, cómputo de plazos, garantías de accesibilidad para discapacitados, protección de datos de carácter personal, contratos declarados secretos o reservados...), 5 Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y 16 Disposiciones finales

Concluye el Texto con seis Anexos. Conviene destacar el Anexo III que contiene la información que debe figurar en los anuncios ajustados a los requisitos del principio de transparencia.

2.5 ESQUEMA.

LIBRO	TÍTULO	CAPÍTULO	SECCIÓN		ART.	
		I. Contratos del sector público	1ª. Objeto y ámbito		1-3	
			2ª. Negocios y contratos excluidos		4-11	
	Título preliminar					
		Capítulo II	1ª. Tipos contractuales		12-18	
			2ª. Contratos SARA		19-23	
			3ª. Contratos adm. y privados		24-27	
LIBRO	TÍTULO	CAPÍTULO	SECCIÓN	SUBSECCIÓN	ART.	
PRIMERO CONFIG. GENERAL	I. Disposiciones generales contratación	I. Racionalidad			28-33	
		II. Contenido contrato			34-35	
		III. Forma			36-37	
		IV. Invalidez			38-43	
		V. Recurso especial			44-60	
	II. Partes	I. Órgano				61-64
						65-70
		II. Capacidad licitador	1ª. Aptitud	1ª. Normas		71-73
				2ª. Prohibición de contratar		74-76
				3ª. Solvencia		77-80
				4ª. Clasificación		
			2ª. Acreditación	1ª. Capacidad		84
				2ª. Prohibición		85
				3ª. Solvencia		86-95
				4ª. Certificación		96-97
						98
	III. Objeto	I. Normas generales				99-102
		II. Revisión precios				103-105
	IV. Garantías exigibles	I. contratos con la Administración	1ª. Provisional			106
			2ª. Definitiva			107-111
			3ª. Terceros			112-113
		II. otros contratos				114

LIBRO	TÍTULO	CAPÍTULO	SECCIÓN	SUBSECCIÓN	ART.
SEGUNDO CONTRATOS CON LAS AAPP	I. Disp. generales	I. Actuaciones de AAPP	1ª. Preparación	1ª. Expediente	116-120
				2ª. Pliegos	121-130
			2ª. Adjudicación	1ª. General	131-155
				2ª Proc. Abierto	156-159
				3ª P. Restringido	160-165
				4ª Negociación	166-171
				5ª Diálogo comp.	171-176
				6ª Innovación	177-182
				7ª Concursos Proy.	183-187
			3ª. Cumplimiento	1ª. Efectos	188-189
				2ª. Prerrogativas AP	190-191
				3ª. Ejecución	192-202
				4ª Modificación	203-207
				5ª Extinción	208-213
				6ª Cesión	214-217
	II. Tipos de Contratos	II. Racionalización	1ª. Normas		218
			2ª. Acuerdos		219-222
			3ª. Sistemas		223-226
			4ª. Centrales	1ª Normas generales 2ª Nivel estatal	227-228 229-230
		I. Obras	1ª. Preparación		231-236
			2ª. Ejecución		237-241
			3ª. Modificación		242
			4ª. Cumplimiento		243-244
			5ª. Resolución		245-246
		II. Concesión obras	1ª. Preparación		247-250
			2ª. Cumplimiento		251
			3ª. Construcción		252-256
			4ª. Derechos	1ª Concesionario 2ª Administración	257-260 261-264
			5ª. Régimen eco.		265-270
			6ª Finan. privada	1ª Títulos 2ª Hipoteca 3ª Otras	271-272 273-276 277
			7ª. Extinción		278-283
		III. Conc. servicios	1ª. Delimitación		284
			2ª. Régimen	1ª Preparación 2ª Cumplimiento	285 286
			3ª. Ejecución		287-289
			4ª. Modificación		290
			5ª. Cumplimiento		291-293
			6ª. Resolución		294-295
			7ª. Subcontrato		296
			8ª. R. supletorio		297
		IV. Suministros	1ª. Regulación		298-299
			2ª. Ejecución		300-303
			3ª. Cumplimiento		304-305
			4ª. Resolución		306-307
		V. Servicios	1ª. Disposiciones		308-310
			2ª. Ejecución		311-312
			3ª. Resolución		313
			4ª. Errores		314-315

LIBRO	TÍTULO	CAPÍTULO	SECCIÓN	SUBSECCIÓN	ART.
TERCERO	I. Poder adjudicador no AAPP				316-320
OTROS ENTES	II. Entes no Poderes				321-322

LIBRO	TÍTULO	CAPÍTULO	SECCIÓN	SUBSECCIÓN	ART.
CUARTO GESTIÓN	I. Órganos	I. Contratación			323-325
		II. Asistencia			326-327
		III: Consultivo			327-334
		IV. Información			335-336
	II. Registros	I. Licitadores			337-345
		II. Contratos			346
	III. Publ. Electrónica				347

3. PRINCIPIOS COMUNITARIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Denominaremos como principios comunitarios a aquellas “*verdades básicas existentes en los Tratados constitutivos de la actual UE, que se consideran sus fundamentos y, por ello, los orígenes y puntos de partida de la normativa que se va desarrollando en sucesivas desagregaciones*⁹”. Constituyen según LUIS CORRAL un resumen de lo básico y verdadero de la Unión Europea.

La Contratación Pública es un campo que se debate entre el interés público que representa una de las partes (la Administración Pública) y los sujetos de derecho privado que intervienen como operadores económicos en el mercado en condiciones de libre competencia y no intervención. Los principios actúan en el marco de la Contratación Pública como “*garantía esencial para que la obtención del interés público que constituye la esencia de este tipo de contratos quede indemne, y de este modo, las Administraciones Públicas contraten con todas las garantías que les son exigibles*¹⁰”.

Es por ello que desde el establecimiento como Institución europea del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (anteriormente como Tribunal de la Comunidad Europea del Acero y el Carbón), con resoluciones vinculantes para los Estados y autoridad supranacional, se construirán jurisprudencialmente los valores, principios derivados de los Tratados e interpretaciones coherentes con su contenido.

Recursos ante las jurisdicciones nacionales, que elevan sus cuestiones prejudiciales al Tribunal, han ido contestado a aspectos no contemplados y que permiten delimitar y

⁹ CORRAL GUERRERO, LUIS. La Unión Europea: Sus principios y naturaleza. “Cuadernos de Estudios Empresariales” 2000, 10: 61-81. ISSN: 1131-6985

¹⁰ STS de 24 de septiembre de 2008 (rec 4793/2006)

matizar el alcance de todos los principios bajo los que se rige la contratación pública. Valga como ejemplo que el Tribunal resalta la necesidad de convocar una nueva licitación cuando se produzca una modificación esencial del contrato adjudicado (en este caso, la sustitución de un subcontratista por vulneración de todos los principios aquí recogidos) y la garantía de su publicidad en un grado adecuado, a pesar de estar contemplada tal posibilidad de modificación en los mismos pliegos.

Será a través de la producción de este Tribunal como podremos llegar a deducir la configuración actual de los principios que plasmó el legislador comunitario y que subyacen en toda la normativa comunitaria y por transmisión rigen la LCSP. Todos los principios están intrínsecamente relacionados entre sí, de forma que la vulneración de uno de ellos conlleva la vulneración de todos en mayor o menor grado.

3.1 IGUALDAD DE TRATO.

Se exigen en virtud de este principio una doble vertiente positiva y negativa, por la que *“situaciones comparables no recibirán un trato diferente y que no se tratarán de manera idéntica situaciones diferentes”* (STJUE de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros, 117/76 y 16/77, Rec. p. 1753, apartado 7, y de 13 de diciembre de 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209, apartado 28).

El principio de igualdad de trato es la esencia del sistema y se traslada a los licitadores, con el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, presuponiendo que en esa competencia efectiva y sana se beneficia el interés común. ***“Se impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 141 anterior, apartado 93)”***¹¹.

Todos los licitadores dispondrán de las mismas oportunidades al formular todos los aspectos del contenido de sus ofertas, llegando a ser interpretado por el Tribunal que los Estados miembros incluso deben de llegar a regular algún tipo de contrato de forma armonizada con el resto de Estado miembros, para evitar que pueda darse el caso de que su ordenamiento nacional permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos, a título oneroso, sin licitación e infringir potencialmente de modo indirecto éste o cualquier otro principio.

¹¹ STJUE Europaïki Dynamiki T 345/03, 12/03/2008

La igualdad entre los licitadores exige que todas las ofertas se ajusten a las prescripciones, de forma que se permita la comparación objetiva entre las ofertas realizadas, elevando de este modo cualquier modificación de las prescripciones al rango de condición esencial en la preparación del contrato, adjudicación o ejecución.

Jurisprudencialmente se ha concluido:

- **Los criterios de adjudicación figuraran en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación** y a consecuencia de ello, las variantes sólo serán tenidas en cuenta como criterios de valoración cuando así se contemple en los pliegos o en el anuncio.
- **Una oferta no puede ser modificada después de su presentación** a consecuencia de la solicitud de aclaraciones o modificación de imprecisiones que no se ajusten a especificaciones de los criterios de valoración
- **El criterio de interpretación será el mismo durante todo el procedimiento de adjudicación** y se aplicarán de manera objetiva y por igual a todos los licitadores.
- **Las exclusiones serán por causas objetivas**, no discriminatorias y ajustadas al principio de proporcionalidad.
- Los criterios de valoración utilizados sólo irán encaminados a **identificar la oferta más ventajosa económicamente**.
- **Los criterios distintos a los económicos serán objetivos**, constarán expresamente en el pliego de condiciones o anuncio de licitación y respetarán todos los derechos fundamentales comunitarios.

3.2 NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD.

Este principio es una faceta del principio absoluto de no discriminación (igualdad de trato y de oportunidades), que jurisprudencialmente se construyó a partir del artículo 7 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea: “... *se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad*” (recordar aquí que forma parte de la decisión inicial del Tratado la eliminación de cualquier barrera que divide a Europa para asegurar el progreso económico y social de los países firmantes, solamente limitado por razón de orden público, seguridad o salud pública). Este principio se halla presente desde los primeros albores de la UE y ha ido evolucionando y ampliando su rango hasta impregnar todos los aspectos de la vida cotidiana (personas, capitales, decisiones judiciales, trabajadores, personas no activas, jubilados, estudiantes...). El principio de no discriminación asegurará que todos los contratistas reales y posibles tengan las mismas oportunidades en un procedimiento de adjudicación.

El principio en sí se enfrenta al proteccionismo que garantiza un trato más favorable a los que posean la característica de una nacionalidad determinada, compartida o

no con el poder adjudicador. Si la liberalización inherente a los Tratados impulsa la libertad de establecimiento, libre prestación de servicios de cualquier operador económico en cualquier lugar del mercado interior, con independencia de su nacionalidad, libertad de circulación de trabajadores, de capitales... no puede concebirse que directa o indirectamente se mantengan discriminaciones ostensibles. La no discriminación tiene su corolario en la **libertad de acceso a las licitaciones** por todo operador económico que cumpla los criterios de valoración y sea seleccionable.

El Tribunal comunitario en numerosas sentencias y de una y otra forma recoge “...*un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento [en él], so pena de privar de eficacia a las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios* (véase la sentencia de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-180/89, Rec. p. I-709, apartado 15)”¹².

3.3 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Este principio se entiende como la consecuencia lógica que cierra y engloba a todos principios anteriores, de forma que será su manifestación y su salvaguarda. Implica que las condiciones exigidas por la entidad adjudicadora serán claras, precisas e inequívocas para evitar riesgos de favoritismos y arbitrariedades que agredan principios salvaguardados por el Derecho comunitario original.

La garantía inicial de este principio se realiza mediante el anuncio y publicación de la licitación y del pliego de condiciones.

En palabras del Tribunal europeo, “...*el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata*”.¹³

La transparencia obliga al órgano público concedente a publicitar las condiciones y la publicidad realizada de forma apropiada (de forma clara, precisa e inequívoca) genera mayor concurrencia empresarial y permite una comparación adecuada de las ofertas. La

¹² STJUE Comisión/Francia. C-264/03, 20/10/2005

¹³ Anteriormente citada STJUE Evropaïki Dynamiki. T-345/03, 12/3/2008

publicidad conlleva implícitamente la transparencia del procedimiento a través de sus dos facetas: por un lado, el anuncio de la licitación es la llamada a empresas que se consideren aptas para cumplir con el objeto del contrato; por otro lado, la publicación de la adjudicación es un acto imperativo por el que se difunde de forma generalizada el resultado del procedimiento administrativo.

El principio de transparencia se mantiene durante toda la ejecución del contrato, de forma que la modificación o alteración de las *condiciones esenciales* conlleva una nueva publicidad, de forma que no se pueda alterar el objeto del concurso o eliminar a la competencia para alterar la libre concurrencia de operadores. Si se reduce la magnitud del objeto del contrato, posibles nuevos licitadores hubieran ya acudido desde un principio para optar a su adjudicación.

3.4 PRINCIPIOS GENERALES QUE INTERVIENEN.

Aun cuando las condiciones del contrato por razón de objeto o cuantía no se hallen dentro del umbral de aplicación de las Directivas en las que el legislador comunitario no ha regulado el ámbito de los contratos públicos y por consiguiente no le sean de aplicación las Directivas de Contratación, las entidades contratantes que celebren un contrato público están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario¹⁴

Nuevos principios que inicialmente no estaban contemplados en el ámbito de la Contratación pública, subsidiariamente impregnan todas las decisiones de cualquier administración pública y se convierten en las lentes bajo la que se pasa toda actuación de un poder público / político.

Los **principios de eficiencia y economía** orientan el gasto hacia la eficacia, y la perspectiva de la rentabilidad está presente y condiciona todas y cada una de las opciones de cualquier poder adjudicador.

Una mala adjudicación asigna recursos a empresas que no son eficientes y distorsiona las reglas de la competencia, afectando al mercado en términos de productividad. Claramente es una vinculación al **principio de buena administración**, al servicio público, superando la anterior concepción de una “Administración Económica” empujados por la mayor exigencia de una Sociedad más informada, concienciada e involucrada en la toma de decisiones.

¹⁴ STJUE de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto Vestergaard, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Recurso p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48).

Se exige no solo que se mantenga el **principio de legalidad**, sino que cualquier procedimiento, regido por el **principio de estabilidad presupuestaria**, debe priorizar un principio de eficiencia que controla al poder público en el gasto.

El concepto de rentabilidad no será sólo monetario sino que, en la actualidad, nuevos valores se agregan en esta medición (social, medioambiental...).

El **principio de confidencialidad** presente en la LCSP 9/2017 tiene una doble vertiente: obliga a mantener la privacidad de la información que los licitadores hayan designado como confidencial (secretos técnicos, comerciales, estratégicos...) y obliga al licitador a guardar silencio durante un plazo temporal delimitado de la información a la que ha tenido acceso por razón de la ejecución del contrato. Este principio conlleva una carga para el contratista, que debe ejercer su derecho a designar la confidencialidad de los aspectos que considere, pero la Administración sólo puede reclamar el estatus de confidencialidad mediante su inclusión en el pliego de condiciones o en el contrato (o que pueda deducirse de su naturaleza). El principio de confidencialidad presupone una relación de confianza entre la entidad adjudicadora y los contratistas. Se busca proteger a la empresa de la difusión de aspectos comerciales legítimos cuyo conocimiento generalizado perjudicaría la competencia real entre operadores.

La corrupción irrumpió con fuerza en el debate político y social en la última década: las prácticas clientelares generaban numerosas ineficiencias y distorsiones en el mercado único (inflación de costes, empeoramiento de la calidad, adquisición de equipos innecesarios o inadecuados...), además de una falta de legitimación social y desconfianza de las Instituciones políticas y económicas en la opinión pública. Una vez contrastadas, condujeron a la creación de numerosos instrumentos para luchar contra ella (Reglamento financiero, Oficina de Lucha contra el Fraude,...) para evitar la tentación o la oportunidad en licitaciones del sector público. Para evitar la corrupción o la colusión presente en la contratación, se impulsa desde las autoridades comunitarias el **principio de la integridad en la compra pública**, dotándole de auténtico valor jurídico, más allá de una mera norma ética.

Se verá restringido el **principio de contradicción** incardinado en el derecho a un procedimiento justo. Al interesado no se le atribuye un derecho de acceso absoluto, ilimitado, a la documentación existente en el procedimiento de adjudicación que se haya presentado ante el órgano de contratación. La normativa comunitaria salvaguarda el interés de los operadores económicos, de forma que será el órgano jurisdiccional el que pondere los derechos e intereses concurrentes y una vez analizada la extensión y el grado de confidencialidad necesario permita su divulgación para garantizar el juicio justo. Se tendrán en cuenta tres pasos: presentado un recurso ante el órgano jurisdiccional, se pondrá a su disposición la totalidad de la información para que sea posible ponderar de forma adecuada la situación; a continuación se procederá a dar audiencia al licitador para alegar

las razones aducidas para salvaguardar su información confidencial y por último, a la vista de las alegaciones de cada parte y los intereses en conflicto decidirá las medidas a adoptar en cada caso en relación a la información confidencial, de forma que el procedimiento en su conjunto respete el derecho a un proceso justo que asiste a la parte. Se protege de esta forma el interés comercial de los participantes, que no será revelado automáticamente por la interposición de un recurso lo que en el procedimiento administrativo ya fue protegido.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

La UE conceptúa como contrato al protocolo jurídico entre Administración y operadores económicos, pero también a la relación jurídica entre una Administración y sus Entidades. Surge una fricción entre el Derecho de Contratos europeo y el Derecho de la propia organización administrativa, fuera de las competencias europeas. La dificultad de establecer una delimitación nítida entre ambos entornos y las singularidades nacionales lleva a ser necesaria la identificación de un vocabulario común de contratos públicos (CPV) cuya existencia recoge la LCSP 9/2017 en su ámbito de aplicación.

Debemos recordar en este punto, que este nuevo Texto legal se tramita para dar transposición al ordenamiento nacional de las Directivas europeas de 2014. El factor determinante para regir los contratos públicos es el sujeto que interviene: solamente las entidades consideradas como “*Poder Adjudicador*” por las Directivas están obligadas a regirse por ellas para garantizar la adjudicación a la “*oferta económicamente más ventajosa*”. Toda interpretación se hará en la línea que promueva la mayor competencia posible en el mercado.

Las tipologías de los contratos contemplados en la LCSP 9/2017 se ajustan a las interpretaciones jurisprudenciales europeas de las definiciones de obras y servicios y de concesiones de obras y servicios que ya se encontraban en las Directivas, así como el plazo general de los contratos de servicios y concesión de servicios.

4.1 ÁMBITO SUBJETIVO.

Es compleja la identificación de todas las Entidades que deben someterse a las normas comunitarias y el legislador nacional extiende la *ratio personae* para alejar cualquier sombra de duda ante el incumplimiento de la transposición y más si cabe, ante las Comunicaciones de interpretaciones de las Directivas que ha realizado la Comisión tras el análisis de la jurisprudencia del TJUE.

Para concepto de poder adjudicador el criterio formal no tiene relevancia: no atribuye una naturaleza distintiva al sujeto, sino que será su consideración en función de la actividad que realiza y su relación con el interés general, con independencia de su

naturaleza jurídica pública o privada, y por ello se someterá a las reglas de la contratación pública. La ley nacional de contratación es derecho público, pero el legislador comunitario entiende que las intervenciones de las entidades vinculadas al poder público no se conducen por los criterios de mercado y pueden provocar distorsiones. No sólo serán pues las Administraciones, si no que se incluirá en clave funcional todo el Sector Público (véase *nota* ⁷, *página* 12). Consecuentemente se transmite la necesidad de incorporar la interpretación de poder adjudicador en el momento actual (que se inició con la anterior revisión de la ley de contratos).

La actividad mercantil cede ante la actividad de interés general desarrollada por las personas jurídicas que reciben financiación pública. El Considerando 10 de la Directiva 24/2014 recoge algunos criterios jurisprudenciales para apreciar o no el carácter de sector público¹⁵. Una sociedad que cumpla con estos requisitos tiene la presunción de no pertenecer al Sector Público y de que se rige por los criterios de mercado, ya que de otra forma no podría subsistir¹⁶.

Para el Derecho comunitario no es relevante el tipo de personalidad jurídica pública o privada del poder adjudicador, pero sí su influencia en otros Entes, y por ello adquirirán esa condición cuando se ejerza su control, bien mediante la gestión de sus órganos de administración, bien mediante la financiación de su actividad (véase *nota* ¹⁵, *página* 23). Es consecuente y se unifica la consideración de Administración pública del Texto legal y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público

¹⁵ “(10) [...] A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que **opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad** no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.

De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que **la financiación «en su mayor parte» significa «en más de la mitad» y que dicha financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público.**”

¹⁶ STJUE de 5 de octubre de 2017, «LitSpecMet» UAB contra «Vilniaus lokomotyvų remonto depas» UAB, asunto C-567/215.

“... una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, **debe calificarse de «organismo de Derecho público» en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas**, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90 % del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de éste”.

Como contraparte no se recoge en la LCSP 9/2017 una definición de operador económico¹⁷, pero se podrá deducir a partir de las condiciones de aptitud para contratar con el Sector público (art. 65): “... *personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten sus solvencias económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas*”. Se incluyen en los artículos siguientes agrupaciones de empresas (inclusive temporales), expresas nacionales, extranjeras y no comunitarias, sujetas estas últimas a un régimen derivado de los Tratados Internacionales que existan.

Es relevante que en el contrato público que se celebre existan dos partes distintas y no pueda contratar un poder adjudicador consigo mismo. Pero no se exigen entre los requisitos de aptitud el ánimo de lucro.

4.2 ÁMBITO OBJETIVO.

Serán contratos públicos todo aquel “*contrato onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios*”. (art. 2.1.5, Directiva 24/2014/EU). Es interesante comprobar la diferencia entre la concisa definición del contrato público de la Directiva y la plasmada en el artículo 2 del ámbito de aplicación de la nueva LCSP 9/2017.

Para que sea contrato público, se requiere la participación de un sujeto descrito en el apartado anterior, ámbito subjetivo, y uno o varios operadores económicos, con libertad y capacidad para aceptar el vínculo contractual.

La Directiva únicamente será de aplicación a aquellos contratos que relativos a la ejecución de obras, suministros de productos o prestación de servicios, pero la LCSP 9/2017 deja abierta la puerta a cualquier otro tipo de contrato, si bien, en el Capítulo II relativo a Contratos del Sector Público, el artículo 12 delimita los contratos sujetos a esta Ley a aquellos relativos a la ejecución de obras, suministros y servicios conforme a lo expresado por la Directiva, excluyendo el resto de contratos al ámbito del Derecho administrativo o Derecho privado, según les sea de aplicación por su naturaleza. Ni siquiera se requiere para la consideración de contrato público que el objeto del contrato esté destinado a un fin público (art. 1.2, Directiva 24/2014/EU)

¹⁷ Será operador económico “*una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios*” (art. 2.1.10, Directiva 24/2014/EU).

El contrato público gratuito no grava el interés general y el ordenamiento europeo no lo incluye dentro de su Directiva sobre Contratación pública. El contrato público se concibe únicamente como oneroso¹⁸. Pero oneroso no implica que las partes del contrato tengan ánimo de lucro¹⁹ o que el operador económico obtenga beneficio de la relación jurídica establecida, sólo se salvaguarda el interés público y sí se requiere el beneficio obtenido por el Ente público²⁰ en la amplia consideración de onerosidad de contrato que admite la jurisprudencia europea, para la que es suficiente con que se cubran los gastos soportados por la prestación del servicio pactado²¹.

Adicionalmente, es requerido un aspecto solemne: debe formalizarse necesariamente por escrito. Es un requisito imprescindible del contrato público para su validez.

La LCSP 9/2017 prevé exclusiones en la Sección 2ª, art. 5-11, para las relaciones jurídicas que no constituyen contrato público por entrar dentro del ámbito administrativo de colaboración/organización o bien para aquellas relaciones en las que, teniendo presente un objeto propio del contrato público, no hay un operador económico privado. Se mantendrá el Texto legal como supletorio a efectos interpretativos o lagunas que puedan presentarse en esas relaciones jurídicas.

Se excluyen los contratos relacionados con:

- El ámbito de la Seguridad y la Defensa (los contemplados en el TFUE, en la Ley 24/2011 o los que reúnan alguna de las características señaladas: investigación y desarrollo, compras a Estados no comunitarios, aquellos contratos en virtud de algún convenio internacional...).
- Los ámbitos de Investigación, Desarrollo o Innovación experimental.
- los convenios o encomiendas de gestión (que no afecten al mercado, tal y como establece la Directiva para evitar que existan relaciones fraudulentas de naturaleza contractual tras ellas), ya que en estos casos no habría contrato público y se refieren más a funciones que requieren el ejercicio de autoridad dentro de la actividad pública. Los Convenios interadministrativos se exige que la causa del contrato no tenga una naturaleza contractual, mientras que en los contratos con particulares sí son sometidos a la legislación de contratos públicos.
- los contratos públicos que tienen su origen en Convenios o Tratados.

¹⁸ Art. 2, LCSP 9/2017: “Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta”

¹⁹ STJUE de 23 de diciembre de 2009, Consorcio Nazionale Interuniversitario per le Scienze, C-305/2008.

²⁰ STJUE de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller GmbH, asunto C-451/08.

²¹ STJUE de 19 de diciembre de 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce y Università del Salento contra Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11.

- el ámbito del Dominio Público y Patrimonial: tienen su propia regulación sin embargo contemplan la situación de que se pueda aplicar el Texto legal o se les aplique de una forma limitada.
- aquellos del ámbito financiero regidos por la Directiva 39/2004/CE.
- el art. 11 dentro del título “otros” enumera una serie de servicios públicos en los que si bien hay contrato, son contratos públicos excluidos: contratos laborales, prestaciones de servicios mediante tasa, arbitrajes...

En el nuevo Texto legal se mantienen las cuantías económicas que marcaban el umbral para delimitar si son contratos de regulación comunitaria armonizada o no, si bien, en un primer intento por unificar y simplificar los procedimientos de adjudicación, se suprimen las instrucciones del Texto derogado para poderes adjudicadores no Administraciones Públicas. Los contratos de regulación armonizada o no mantienen su régimen distinto (si bien los contratos de concesión de obra y concesión de servicios incluyen en sus Capítulos individualizados su propia regulación con algunas particularidades).

5. PREPARACIÓN.

Se regula el procedimiento de licitación como un proceso reglado por el que un organismo público busca determinar la oferta más ventajosa en precio o condiciones, para la realización de un contrato cuyo objeto está incluido en la Ley. Concluye con la Adjudicación: momento en que se decide y declara el contratista seleccionado. El licitador asume a partir de este momento la vinculación con el contrato público licitado.

La LCSP 9/2017 dedica la Sección 1ª dentro del Capítulo I, Título I, Libro segundo (artículos 115-130).

Una vez identificada una necesidad social o política en el ámbito de competencias de una Entidad pública, se iniciará el engranaje encargado de cubrir esa necesidad. Para ello, la LCSP 9/2017 prevé que se puedan realizar consultas preliminares que sondeen el mercado o recibir asesoramiento de organismos especializados (siempre motivando la necesidad del asesoramiento, en función de su especialización, urgencia...). Se publicitarán las gestiones realizadas en este punto.

Para realizar todo el procedimiento de licitación, es fundamental la fijación de los criterios que van a regir la licitación. Si bien las Directivas europeas permiten que la pauta de valoración en la licitación sean uno (precio más bajo) o varios (criterios sociales, medioambientales, sostenibilidad, vida útil, eficacia...), la LCSP 9/2017 se define por la incorporación obligatoria de criterios alternativos “*sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato*” involucrando a la contratación pública en un entorno socialmente responsable. El resultado objetivo final de todos ellos será la oferta

seleccionada y tendrá la consideración de “oferta más ventajosa²²”. Por ser un contrato oneroso, el resultado obtenido no puede desvincularse completamente del precio que desembolsará la Entidad.

Estos criterios garantizarán que no serán tales que dirijan el objeto del contrato inexorablemente a los asesores que han participado en la planificación y delimitación del contrato.

Como llevo repitiendo durante todo este trabajo, los criterios de adjudicación de un contrato público deben cumplir cuatro condiciones para considerarse válidos:

- i) Estar vinculados al objeto del contrato
- ii) Estar publicados previamente
- iii) Ser específicos y cuantificables de forma objetiva
- iv) Ajustados al Derecho comunitario: respetar los principios de no discriminación, libertad de establecimiento, prestación de servicios.

6. ADJUDICACIÓN

Será la Adjudicación el resultado de la aplicación de los criterios de valoración publicados en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares para determinar la oferta económica más ventajosa.

No es fácil la identificación de la oferta más ventajosa. Es un concepto subjetivo y según DOMÉNECH PASCUAL requiere *“ponderar, sopesar y comparar todas las ventajas sociales de diversa índole que las proposiciones presentadas puedan reportar, evaluar aspectos diversos, frecuentemente complejos y difícilmente mesurables, así como efectuar juicios valorativos impregnados de grandes dosis de subjetividad”*.²³

La imposibilidad de un método para cuantificar objetivamente la valoración e impedir la posible discrecionalidad en manos de un poder adjudicador arbitrario ha dado pie a la reducción del margen decisorio, regulando los criterios que pueden ser usados para valorar las ofertas y cómo hay que aplicar esos criterios.

²² Artículo 1: Objeto y Finalidad: *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*.

²³ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *“La valoración de las ofertas en el Derecho de los Contratos Públicos”*. Revista general del Derecho Administrativo pags 1-59, nº 12. 2012. ISSN 1696-9650

6.1 LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

Son las reglas o pautas que sirven para la evaluación y comparación de las ofertas de los licitadores para determinar que oferta cumple mejor las necesidades de la entidad convocante. Permiten asignar un valor numérico a las propuestas, evitando mediante su aplicación una adjudicación arbitraria. Por ser objetivos y conocidos por todos los concurrentes, se posibilita una competencia real, que será efectiva al permitir contrastar las distintas ofertas una vez valoradas entre sí.

La mesa de contratación dispone de cierta libertad de elección, si bien será siempre de forma motivada y ajustándose a las necesidades del contrato. Es reiterada la jurisprudencia europea por la que se han establecido los requisitos exigidos a un criterio de adjudicación para que las decisiones resultantes de su aplicación no sean consideradas contrarias a derecho:

- 1.- Relación directa y clara entre el criterio de adjudicación y el objeto del contrato;
- 2.- No pueden ser tan vago o genérico que dejen al órgano de contratación libertad absoluta de adjudicación a un licitador a su voluntad
- 3.- Permitir que se evalúen las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

El órgano de adjudicación no tiene libertad para elegir una oferta, sino para aplicar los criterios publicitados en los pliegos y comprobar de manera efectiva la información presentada por los licitadores para evaluar el cumplimiento de los criterios de valoración en ellas.

Como ya hemos visto, es requisito imprescindible en cualquier procedimiento de contratación pública la publicidad y ello implica que estos criterios de valoración estén presentes al menos en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio que convoque la licitación

Los criterios seleccionados para la valoración nacen del órgano de adjudicación, dirigidos a la mesa de contratación y no pueden sobrepasar su capacidad técnica como poder adjudicador. La falta de esta capacidad técnica para realizar la valoración determina la nulidad del criterio por vulnerar el principio de igualdad de trato entre los participantes. A consecuencia de ello, será nulo también aquel criterio que no vaya acompañado de requisitos que permitan un control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas²⁴.

²⁴ STJUE Asunto C-448/01 EVN y Wienstrom GmbH contra República de Austria:

“51. Resulta, por lo tanto, que cuando una entidad adjudicadora establece un criterio de adjudicación indicando que no pretende ni está en condiciones de verificar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, está vulnerando el principio de igualdad de trato, puesto que dicho criterio no garantiza la transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación.

La LCSP 9/2017 traspone prácticamente lo contenido por la Directiva comunitaria y prevé en su articulado dos tipos de criterios para la evaluación de la relación calidad-precio que designe a la oferta económica más ventajosa: cualitativos y económicos, siempre vinculados al objeto del contrato tal y como disponen las Directivas comunitarias. En relación a los criterios cualitativos, contiene un listado no exhaustivo a modo de ejemplo de criterios a aplicar en cada aspecto para evaluar esa relación calidad-precio:

1. **Calidad técnica**, estética y funcional, accesibilidad, características medioambientales (emisión de gases efecto invernadero, eficiencia energética, utilización de energías renovables...), características sociales (integración de discapacitados, grupos vulnerables, subcontratación con centros especiales de empleo, planes de igualdad de género, contratación femenina, conciliación...)
2. **La organización**, cualificación y experiencia del personal adscrito a la ejecución del contrato²⁵
3. **Atención postventa**: plazo de entrega, ejecución, recambios, seguridad del suministro...

En caso de utilización de estos criterios cualitativos, será necesario que se formule por el órgano de contratación un criterio vinculado a los costes o basado en la rentabilidad entendida como coste del ciclo de vida y calculada conforme al método incluido en la propia ley (art 148).

Hasta la aprobación de este texto se podía optar por uno o varios criterios de adjudicación, siendo el criterio del precio el obligatorio cuando sólo se utilizaba uno. La nueva redacción de los criterios de adjudicación y valoración obliga a utilizar una pluralidad de criterios²⁶ (art. 145.1) para obtener la relación calidad-precio exigida por las normativas comunitarias, excepto en la subasta electrónica (art. 143.3) que permite que se pueda realizar sólo basada en un único criterio de precio.

En el caso de que los criterios de valoración contemplen la posibilidad de puntuar mejoras, éstas estarán suficientemente especificadas: descripción de su influencia, medida,

52. *Por consiguiente, procede declarar que un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores es contrario a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública*

²⁵ SJUE C601/13: Interpreta el Tribunal comunitario que las Directivas no se oponen a que para contratos de carácter intelectual, de formación o de consultoría se establezcan criterios que permitan evaluar la calidad de los equipos propuestos por los licitadores en la ejecución de los contratos.

²⁶ La redacción del art. 145.1, “*La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio*” se contradice con el art. 146.1, “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados primero y tercero del artículo anterior, cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad...*” La interpretación teleológica incardinada ex artículo 3.1 CC indica la necesidad de varios criterios de adjudicación, pues parece ser el espíritu y finalidad del Texto. Si bien numerosos artículos del texto hablan de “... cuando se tome en consideración el precio exclusivamente...”

modalidad, requisitos, límites.... Será necesario justificar y motivar la procedencia de estas mejoras y su vinculación al objeto del contrato.

No se deberán confundir los “criterios de valoración” con los denominados “criterios de selección”, aunque lamentablemente no hay delimitación clara de la situación (en determinadas sentencias se separa la experiencia del licitador de la experiencia de las personas que constituyen el equipo que ejecutará el contrato y se ha plasmado en la normativa europea). Si bien pueden realizarse simultáneamente las verificaciones del cumplimiento de ambos criterios, son operaciones distintas y se regulan por normas distintas.

Se excluyen de los criterios de adjudicación todos aquellos que no van encaminados a identificar la oferta económica más ventajosa. No deben formar parte de ellos los encaminados a justificar la aptitud para la ejecución del contrato de los licitadores, así como aquellos en la medida en que los requisitos exigidos son superfluos o coincidentes, acumulativos o se solapan entre sí.

A pesar de lo contenido en el art. 145 LCSP 9/2017 respecto a la posibilidad de valorar la experiencia general de un licitador en el campo de ejecución de un contrato administrativo de características similares, la experiencia no aporta nada con el objeto del contrato. Únicamente se admitirán en aquellos contratos de carácter intelectual por la razón de que la calidad de su ejecución sí puede afectar al valor económico potencial de la oferta. Se crea en este momento la obligatoriedad de verificar que el personal ofertado para la ejecución se cumple de manera efectiva con lo especificado y sólo podrá ser reemplazado con la autorización del poder adjudicador y por otro de calidad equivalente.

La decisión judicial que anule un criterio de adjudicación de un procedimiento de licitación (bien durante la adjudicación, bien durante la ejecución) conlleva la necesidad de un nuevo procedimiento de licitación, pues se invalida todo lo actuado y se sanciona con la nulidad del procedimiento competitivo.²⁷

²⁷ STJUE Asunto C-448/01 EVN y Wienstrom GmbH contra República de Austria (Pág.18):

“2. La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.”

6.2 CRITERIOS DE VALORACIÓN.

Una vez definidos, publicados y conocidos por todos los licitadores los criterios de adjudicación, procede su aplicación. Las fórmulas que se apliquen estarán justificadas en el expediente.

El pliego de cláusulas administrativas particulares contendrá una descripción precisa de la ponderación relativa atribuida a cada valoración (Se puede fijar en una franja de valores, con una amplitud máxima adecuada), así como las fases de aplicación de cada criterio en caso de haber varias, y el orden de importancia de cada criterio de valoración.

Se procederá primero a aplicar aquellas valoraciones en las que la valoración no sea una mera operación matemática (el texto habla de una “evaluación previa”), para proceder a continuación a realizar aquellas valoraciones consistentes en la aplicación de una fórmula. Ambas valoraciones no tienen porqué estar en el mismo acto, si bien hay que dejar constancia documental de las valoraciones no matemáticas antes de proceder a las valoraciones matemáticas.

La LCSP 9/2017 establece que será la mesa de contratación o cualquier órgano suyo (de servicios dependientes del órgano de contratación) el que proceda a la aplicación de las fórmulas que valoren las ofertas (con la excepción de los procedimientos abierto o restringido con cuantificación mayor a un juicio de valor que a un criterio matemático, para los que plantea una comisión de al menos tres miembros, no dependiente de la Administración contratante, e identificada en los pliegos).

Se prevé la posibilidad de desempate, que se resolverá con los “criterios de desempate” previstos por los órganos de contratación en los Pliegos publicados o en ausencia de estos, se contiene una lista para su aplicación en cascada de los explicitados por el legislador, que concluye con una cláusula de cierre definitiva: el sorteo.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa resolvió sobre la posibilidad de eliminar el criterio de precio, en relación a la valoración de ofertas en su informe 28/95 (si bien era sobre la LCAP, no existe un documento posterior relativo al actual texto vigente): *“... no cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de contratos por concurso, aunque no sea como criterio único y exclusivo, como sucede en la subasta. Por ello se entiende que **la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional** y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión, sobre todo si se tiene en cuenta el juego que puede proporcionar el propio artículo 87 en orden a la necesidad de indicar los criterios por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, que, en determinados supuestos y en relación con el precio puede ser mínima, sin llegar a la total exclusión de dicho criterio.”*

La fórmula que se elija para la valoración de las ofertas debe ser publicada y conocida, de forma que el licitador la conozca para preparar su oferta. Cualquier irregularidad quebraría los principios de igualdad de trato y de transparencia comunitaria, creando indefensión en ese operador.

Particularmente, la jurisprudencia europea y numerosos informes²⁸ de las Juntas Contratación han asentado que serán cuestionables por ser contrarias al interés público las fórmulas que minimicen las diferencias entre las ofertas: fórmulas que permiten puntuar a aquellas ofertas que no realicen baja alguna del precio licitado, aquellas previsibles de las que se “deduce” por los licitadores la baja óptima creando una distorsión consistente en que el comportamiento de ellos pasa a ser predecible (no en un modo cierto, pero sí aproximado), aquellos criterios de valoración que permiten que pequeñas bajadas en precio repercutan en diferencias desproporcionadas en la puntuación (p.e: atribuir una puntuación en función de la posición del precio ofertado y con independencia de la proporción relativa entre ambos), o aquellas en los que los licitadores reciben una puntuación creciente a medida que se acercan a la baja media y se alejan de la baja temeraria (penaliza a los licitadores más competitivos y les obliga a elevar el precio para ajustarse a la media previsible y no a la oferta más baja).

La aparición de cualquier subcriterio de valoración (sobre todo si surge durante el procedimiento licitatorio) deberá ajustarse a los requisitos exigidos para los propios criterios: serán publicitados y conocidos por los licitadores, no contradecirán los criterios de los que forman parte hasta alterar su espíritu, no tengan efectos discriminatorios ni alteren la concurrencia de forma que de haber sido conocidos con anterioridad habrían influido en la preparación de las ofertas.

Llegados a este punto, es importante comprobar que la LCSP 9/2017 endurece su posición respecto a las ofertas anormalmente bajas (bajas temerarias), haciendo hincapié ahora en aquellos aspectos sociales, medioambientales o laborales que impregnan todo el texto. Únicamente el órgano de contratación es el designado para apreciar la anormalidad de la oferta para calificarla como inviable, conforme a los criterios objetivos contenidos en los Pliegos y siempre referidos al conjunto de las ofertas válidas presentadas. Identificadas las “*ofertas anormalmente bajas*”, se establece el procedimiento a seguir por la mesa o el órgano de contratación, según proceda, detallando aquellos aspectos que son determinantes en el precio de una oferta y que corresponde su justificación al licitador (ayudas públicas, soluciones técnicas, ahorro de fabricación...). Incumplida esta carga, se considerará la

²⁸ STJUE Asunto T-402/06 Reino de España y Comisión Europea, STJUE Asunto T-556/11 European Dynamics Lux, Bel y Gr y Oficina de Propiedad Intelectual de la UE (EUIPO).
Informe 42/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, informe 6/2014 de JCCA de Aragón.

oferta como inválida. Las ofertas que presenten documentación para justificar su precio, recibirán una respuesta motivada, con su aceptación o exclusión del procedimiento.

La adjudicación de un contrato administrativo a una empresa que ha sido sospechosa de “oferta anormalmente baja”, requiere que el organismo de contratación establezca los mecanismos adecuados para controlar que durante la ejecución del contrato no se produzca una disminución de la calidad de sus servicios.

6.3 VARIANTES Y MEJORAS.

El objeto del contrato administrativo deberá ser determinado, sin embargo puede estar abierto a diferentes soluciones. El adjudicatario queda vinculado a su contenido y prescripciones en la etapa de formulación de ofertas y durante su ejecución.

El objeto del contrato sólo podrá seleccionarse entre aquellos que son necesarios para el fin propio de cada Ente adjudicador, de acuerdo con los “*principios de necesidad, idoneidad y eficiencia*” recogidos en la redacción actual del art. 28 del texto legislativo. Cumplirá las condiciones necesarias para cubrir la necesidad identificada por el Ente, siendo esas condiciones fijadas por ese Ente con exclusividad. Los licitadores/adjudicatarios no pueden alterar las condiciones establecidas.

Esto choca frontalmente con la flexibilidad requerida para poder incorporar innovaciones, promovida incluso desde el propio espíritu de la ley. La norma requiere que se determinen y publiquen en el anuncio si se pueden presentar variantes o no, y una vez determinado este punto se definirán los requisitos mínimos, modalidades... que han de cumplir esas variantes.

Las variantes siempre estarán vinculadas con el objeto del contrato y se someterán a los mismos criterios de adjudicación que el resto de las ofertas, garantizándose el principio de igualdad de trato (*página 17*). Consecuentemente, la presentación de una variante no exime del cumplimiento de algún criterio de adjudicación.

Las mejoras se consideran “*prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.*” Se exige para ellas lo anteriormente expuesto relativo a las variantes: publicadas, determinadas, fijadas, ajustadas al objeto del contrato...

Una vez adjudicado el contrato, las mejoras ofertadas pasan a integrar el contrato, y vinculan al adjudicatario, de forma que no pueden ser objeto de modificación unilateral.

Las variantes son soluciones técnicas opcionales a las propuestas por el Ente contratante. Las mejoras consisten en prestaciones adicionales que perfeccionan el objeto del contrato voluntariamente y deben poder ser valoradas por el poder adjudicador.

6.4 MOTIVACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN.

Esta Ley articula un pilar fundamental para el procedimiento de adjudicación: la motivación de la decisión de adjudicar. La formación de la voluntad del órgano debe seguir los pasos reglado procedimentalmente, ya que el núcleo material de la decisión (los juicios de valor técnico) se hallan fuera del control de poder adjudicador y sólo se contrastará que se haya respetado la igualdad entre los candidatos, las reglas del procedimiento y las actividades instrumentales preparatorias para la decisión técnica.

Motivar es justificar, aportar razones a favor de una decisión²⁹. La motivación es la justificación lógica de las razones que llevaron a adoptar la decisión plasmada en la adjudicación. Debe existir una exposición expresa y específica en caso en el que se está tomando la decisión, es decir, no puede ser una motivación genérica. El conocimiento de esas razones y su puesta a disposición de los licitadores es una garantía de transparencia porque se aleja de la discrecionalidad y permite plantear un recurso fundado contra la propia adjudicación.

El art. 151.2 de la LCSP 9/2017 contiene una enumeración no exhaustiva de los apartados que debe tener la motivación, pudiendo considerarse que aquella que no los contenga pueda carecer de validez jurídica y ser objeto de recurso.

La motivación no es un relato conexionado de los hechos, sino una exposición precisa y ponderada de los criterios aplicados, tanto los valorados positivamente como aquellos negativos. Su conjunto permite eliminar la arbitrariedad de las decisiones adoptadas y hace controlable el juicio realizado.

La *discrecionalidad técnica* ha sido judicialmente consentida al órgano especializado de la administración, limitada dentro de los elementos reglados, los hechos determinantes y bajo los principios generales. Es aceptable en el núcleo material de la decisión, el juicio de valor técnico, pero se considera válido en las actividades preparatorias o instrumentales (pasos necesarios a realizar para llegar a la estimación contenida en el estricto juicio técnico). Esta discrecionalidad técnica no exime la necesidad de que sea técnicamente motivada, en aras de proteger los principios enumerados de la contratación.

²⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. “LA ARGUMENTACIÓN EN MATERIA DE HECHOS” - RI §911401. En Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. (ISBN 84-96440-87-7)

Los **requisitos que darán validez al juicio técnico** asesor de la mesa de contratación serán³⁰:

- *“Expresar el material o las **fuentes de información** sobre las que va a operar el juicio técnico*
- ***Consignar los criterios de valoración cualitativa** que se utilizarán para emitir el juicio técnico*
- ***Expresar porqué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás”***

A los órganos especializados se les presupone un saber propio de la pericia profesional, que será respetado, con independencia de admitir que existe un margen de discrepancia o presunción de acierto *iuris tantum*. El incumplimiento de estas directrices permitiría entrar a controlar la legalidad de la actuación administrativa.

6.5 DESISTIMIENTO Y RENUNCIA.

En aras de la protección del interés general que la Administración tiene encomendado, se le reconoce a ésta la posibilidad de no adjudicar y desistir del procedimiento. Es una terminación impropia del procedimiento de adjudicación, ya que no se concluye toda la tramitación, sino que se quiebra en el último momento, de forma que todo lo realizado no ha tenido lugar.

El desistimiento sólo procede por razones de interés público y deberá motivarse y acordarse antes de la formalización. Se fundamenta en una infracción no subsanable en el procedimiento o regulación de la licitación. Mientras que el desistimiento permite iniciar inmediatamente una nueva licitación del objeto del contrato, una vez sean corregidas sus deficiencias, la renuncia no contempla una nueva licitación del mismo objeto.

Desistimiento y renuncia conllevan la indemnización patrimonial de la Administración a los participantes, por los gastos ocasionados que en el Texto legal se reconocen, quedando siempre abierta la responsabilidad patrimonial por la vía jurisdiccional. No son compensables los gastos o costes si los pliegos reconocen que la anulación o cancelación de un procedimiento de licitación, los licitadores no tendrán derecho a compensación alguna: la participación no es un perjuicio que pueda ser objeto de reparación mediante la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios.³¹

³⁰ STS Sala Tercera, Recurso de Casación 1375/2013, de 24 de Septiembre de 2014.

³¹ STJUE Sala 5ª T-160/03 AFCcon Management Consultants, McMullin, O’Grady contra Comisión Comunidades Europeas:

“98... De ello se deduce que, en principio, los gastos y costes contraídos por un licitador con motivo de su participación en una licitación no pueden constituir un perjuicio que pueda ser reparado mediante la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios. Sin embargo, dicha disposición

La jurisprudencia comunitaria ha reconocido reiteradamente que la entidad adjudicadora no está obligada a llegar hasta la adjudicación del contrato durante el procedimiento de contratación, de forma que las Directivas contemplan la no adjudicación como una de las vías, sin impedimento ninguno para que se reinicie inmediatamente un nuevo procedimiento de licitación. La protección del interés general salvaguarda la validez de las actuaciones y un Tribunal administrativo sólo verificará la concurrencia del presupuesto habilitante: existe o no interés público. La contratación pública no es un fin público en sí misma, sino una forma por la que se satisface el interés general.

Cualquiera de estas formas impropias o anómalas de conclusión del procedimiento sí implican la obligatoriedad de notificación a los litigantes, pero es un acto exclusivo y unilateral del órgano contratante, no sujeto a procedimiento contradictorio. Con cualquiera de ellas se produce la extinción del procedimiento de contratación iniciado antes de llegar a la formalización del contrato y sin requerir la aceptación de los licitadores. Si bien los licitadores podrán impugnar los presupuestos de interés público habilitantes para que el poder adjudicador lleve a una vía muerta el procedimiento: se ha ejercido la prerrogativa que la LCSP 9/2017 reconoce en los términos y exigencias establecidos por la Ley?

7. EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.

El contrato público es la plasmación de dos voluntades, si bien “*no hay completa autonomía de la voluntad por parte de la AP, en la medida en que está dirigida a un fin público y es el mero ejercicio de competencias públicas que se formalizan como objeto de un contrato que, además, resulta de interés para terceros*”³². Por tener carácter administrativo no se va a abstraer del principio universal de riesgo y ventura entre las partes del contrato, que se articulará en el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Es doctrina consolidada que el riesgo implica la posibilidad de que ocurra un daño y la ventura supone la posibilidad de que el negocio resulte bien o mal para las partes, en este caso el adjudicatario.

El contrato administrativo plasma los deberes entre las partes: el contratista se obliga a satisfacer una prestación, objeto del contrato, en un plazo de tiempo, determinado y previamente establecido, a cambio de un precio cierto (ya sea abonado por una Entidad o

no es aplicable en el supuesto de que una infracción del Derecho comunitario en la tramitación del procedimiento de licitación haya afectado a las posibilidades de un licitador de obtener la adjudicación del contrato, so pena de vulnerar los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartados 75 y 97, y de 29 de octubre de 1998, TEAM/Comisión, T-13/96, Rec. p. II-4073, apartados 70 a 72)”

³² BERCOVITZ Rodríguez-CANO, Rodrigo y otros, “SIGNIFICACIÓN DEL CONTRATO EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO”. Epígrafe 3 – “Los contratos en el ámbito del derecho administrativo”, Tirant On Line – TOL 1.791.459. Marzo 2010

por los usuarios). La relación entre las partes mantiene ciertos principios: libertad de pactos, carácter formal y procedimental, eficacia vinculante, invariabilidad de las cláusulas del contrato, principio de riesgo y ventura, mantenimiento del equilibrio económico... si bien, la obligación del contratista es de resultado.

La preparación del contrato público tiene una equivalencia a la fase precontractual en el ámbito privado y conducen a la formación del consentimiento contractual efectivo, que manifiesta las obligaciones de las partes del contrato. En virtud del interés público, es fundamental la plasmación documental porque expone la voluntad del órgano de contratación que concluye el procedimiento administrativo que ha tenido lugar.

Es común a la contratación privada la eficacia vinculante del contrato: “*el contrato deberá cumplirse a tenor de sus cláusulas*” (art. 188, LCSP 9/2017 y subsidiariamente la inmutabilidad de los pactos del art. 1091, CC). Sólo se contempla la posibilidad de modificación en casos tasados: fuerza mayor (art. 239 y 254, LCSP 9/2017), *ius variandi*, *factum principis* y cualquier otro reconocido legalmente³³. A pesar de ello, sí está presente cierta capacidad del contratista para reclamar una compensación si se produce un desequilibrio. Es el adjudicatario el que asume el resultado y con ello, el riesgo y ventura del negocio jurídico.

7.1 FACTORES DE REVISIÓN.

El contratista se obliga a soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración contratante y que no sean consideradas como fuerza mayor. El licitador debe hacer un correcto análisis de los riesgos que asumirá de ser el adjudicatario del procedimiento selectivo.

La Ley, en aras del interés público, otorga a la Administración ciertas prerrogativas después de la adjudicación y durante toda la vida del contrato.

a. Fuerza mayor: al principio de riesgo y ventura debe contraponerse un equilibrio financiero para que los efectos entre las partes contratantes permanezcan equilibrados, y así se recoge expresamente en los contratos de obra, concesión de obra pública (el art. 270 se titula: “mantenimiento del equilibrio económico del contrato”) y contrato de concesión de servicios.

Será la fuerza mayor un riesgo anormal o desmesurado no causado por la propia parte y que no entra dentro de los mecanismos de indemnización

³³ STS 1600/2016, Sala 3ª, rec. 1701/2015. Numroj: STS 3268 2016 - Ecli: ES:TS:2016:3268

“...su pretensión de alteración ulterior bajo el argumento de que tenía que haberse optado por otra fórmula de revisión choca con la libre concurrencia cuando no ha habido circunstancias anormales y extraordinarias que alteren el equilibrio económico y **sobrepasen los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación**. (Sentencias 25 abril 2008, rec. casación 5038/2006 , 4 junio 2008, casación 5093/2006).”

previstos en el contrato concertado: “...las circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada, y que no cubre los riesgos comerciales normalmente asumidos por los operadores”³⁴

Se incluyen en este concepto los fenómenos naturales, pero no así todos aquellos hechos fortuitos, con intervención humana, que deberían ser previsibles en el lugar de trabajo. En un último punto se estará a la revisión casuística de los acontecimientos ajenos a las esferas de decisión de cada parte.

b. Factum principis: Comprende aquellos acontecimientos no previstos ni previsibles durante la preparación del contrato, ajenos a su voluntad. Siendo imprevisible y de carácter general, procede la compensación del daño. En todo caso, se estará a la casuística.

Si bien no se ha producido directamente la modificación del objeto del contrato, se han introducido nuevas circunstancias que repercuten sobre la realidad fáctica, alterando el desarrollo contractual en los estrictos términos en los que fue adjudicado, tornándose más oneroso de lo previsto, sin culpa del adjudicatario.

c. Revisión de precios: es una de las técnicas contempladas para mantener el equilibrio que se estableció durante la contratación, con independencia si se favorece al contratista o a la propia Administración. No es decisivo quién se beneficia de la revisión, sino cuál es el precio al que se contrato y que necesita su actualización en función de las circunstancias. Se requiere un pacto expreso en el pliego de cláusulas, no siendo admisible ni siquiera en caso de contratos celebrados con precios provisionales (art. 102.7 in fine, LCSP 9/2017).

La Ley 9/2017 recoge las situaciones en las que procede la revisión de precios y en los términos en que esa revisión puede llevarse a cabo, dentro de los límites allí marcados.

Se trata de supuestos excepcionales, que requieren su apreciación *ad casum*, con ponderación de las circunstancias intervinientes, ya que la teoría del riesgo imprevisible se considerará de forma supletoria. Trasladado el caso a la vía procesal, se convierte en fundamental el planteamiento de la prueba.

³⁴ STS Sala 3ª, de 24 de diciembre de 2001

7.2 BREVE REFERENCIA AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

Se trata de una construcción jurisprudencial, que no se contempla en la Ley 9/2017 ni en ningún otro Texto legal, procedente del Derecho privado³⁵, y en su traslado al Derecho público alcanza la consideración de principio general, manteniendo sus rasgos peculiares. No se deben olvidar los rasgos formalistas del derecho administrativo, por ejemplo, en cuanto a la declaración de voluntad del órgano de contratación y su incumplimiento, o el consentimiento en obligarse del contratista...

La concepción jurisprudencial de esta figura determina los siguientes requisitos en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 15 Abril de 2002:

- “a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.*
- b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.*
- c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.*
- d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.”*

La obligación de restituir parte de la responsabilidad por la apariencia y la confianza de buena fe en esa apariencia, que se ve defraudada. Aunque algunos autores sostienen que la difícil identificación del enriquecimiento injusto lleva a la judicatura a utilizarlo como un instrumento resolutorio de controversias entre sujetos que carecen de cobertura contractual alguna: no existiendo en puridad contrato y sí apariencia del mismo, ante hechos realizados en la confianza de su existencia se fuerza el despliegue de los efectos propios de la presencia verdadera del contrato.

Se reintegra la equidad de quien obedece instrucciones, no cubiertas por soporte de contrato alguno (ausencia del contrato antes de la adjudicación, contrato devenido nulo o su modificado...), pero impartidas por quien se tiene la sensación de potestad para ello. Es fundamental que las prestaciones realizadas por el contratista no sean por su propia iniciativa, sino que se hayan generado en la apariencia de obligatoriedad, en el deber de cumplimiento incuestionable.

³⁵ Podría deducirse del art. 10.9, CC (*“En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido.”*) si bien encuentra difícil ubicación por la dificultad inherente a la positividad normativa de las situaciones y relaciones fácticas reales.

La falta de sometimiento a los criterios formales de contratación no convalida la actuación de la Administración, que no puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma, incluso a pesar de la obligatoriedad del contratista habitual para conocer el procedimiento de contratación. Si bien, el contratista que propicia la nulidad de actos, o la conoce, y aún así se vincula, asume el riesgo que pueden conllevar las previsibles consecuencias patrimoniales: no pueden invocar buena fe en aquellos supuestos en que los vicios procedimentales son absoluta y manifiestamente sancionables de nulidad y de tal magnitud que son fácilmente perceptibles incluso por personas no versadas en derecho, resuelve la Sala de Cantabria en sentencia del 21 de febrero de 1991

Son indemnizables los servicios prestados y no pagados, y por la cuantía demostrada, que será el menor valor de la cantidad en que se ha empobrecido el contratista o en la cantidad que se haya enriquecido la Administración. El lucro cesante o el daño emergente no se encuentran englobados dentro de esta figura, que sólo concibe la restitución a las condiciones contractuales que debieran estar presentes en la relación.

7.3 SUBCONTRATACIÓN.

Las Directivas comunitarias inciden en la necesidad de evitar adjudicaciones encubiertas o discriminatorias a través de subcontrataciones encubiertas mediante la regulación de esta figura porque el interés a proteger por parte del ordenamiento comunitario son los mercados. La competencia en cuestión de ejecución de contratos públicos es de cada Estado miembro, y es por ello que aparece muy diluida en las Directivas y dejan a los ordenamientos nacionales el plantear cuestiones laborales como la acción de la subcontrata frente a la administración (acción directa frente al poder adjudicador mediante a petición o sin necesidad de ella). Las Directivas buscan preservar que el subcontratista no caiga en causas de exclusión o prohibición de contratar

Recogiendo las novedades de las Directivas, la LCSP 9/2017 incorpora distintos aspectos de la subcontratación. Por un lado, se busca garantizar el cumplimiento de la validez del contratista y sólo podrá subcontratarse con quien reúna la aptitud y de forma general serán requisitos ineludibles la comunicación al poder adjudicador y que se haya contemplado la posibilidad de subcontratar en los pliegos que rigen el contrato. Por otro, se contempla la posibilidad de que la Administración supervise el régimen de pagos en determinados supuestos y lo hace obligatorio para aquellos contratos que superan una cantidad y tienen subcontratado más del 30% del valor del contrato. Aún así, el subcontrato permanece en el ámbito jurídico privado del adjudicatario y no capacita al órgano contratante a intervenir.

La Disposición Adicional 1ª en su apartado cuarto extiende el ámbito de competencia territorial y establece que el contenido relativo a la subcontratación

permanece vigente incluso en aquellos contratos fuera del territorio nacional y que se sometan a otros tribunales.

La Ley 9/2017 vuelve a actuar otra vez a nivel reglamentario cuando expone una serie de consecuencias para la infracción de las condiciones de contratación: sanciones económicas o resolución del contrato

No existe en este texto acción directa del subcontratista contra el órgano de contratación (art. 215.8). Es el contratista el que está obligado a abonar su trabajo al subcontratista o proveedor, si bien, la encomienda de supervisión a la Administración de los pagos³⁶ puede fundamentar una labor para que los subcontratistas adquieran una garantía frente a los impagos, al menos en aquellos casos en los que la Administración no haya abonado al contratista el precio del contrato.

7.4 CUMPLIMIENTO. SUSPENSIÓN. EXTINCIÓN. RESOLUCIÓN.

El contrato se entiende cumplido por el contratista cuando se haya realizado de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración la totalidad de la prestación. En un plazo establecido se precisará un acto solemne de recepción (en aquellos que por su naturaleza sean requeridos). La recepción da por cumplido el contrato e inicia el plazo de garantía. La Sala 3ª del Tribunal Supremo, en sentencia del 9 de enero de 2012 no consideró recepcionada por la Administración la entrega tácita de una obra de la que se había celebrado incluso su ceremonia de inauguración: el cumplimiento del contrato se da por concluido con el Acta de Recepción, no con la terminación de la obra o la comunicación a la Administración de su terminación.

Durante el cumplimiento del contrato, en caso de suspensión a instancias de la Administración se requiere un Acta de Suspensión, que refleje las circunstancias que han motivado la suspensión del contrato y el estado de ejecución del mismo (si procede). La Entidad pública está obligada a satisfacer los daños que se ocasionen mientras dure la suspensión declarada en el Acta, siempre que:

- ✓ sean demostrados fehacientemente,
- ✓ se encuentren dentro de una lista cerrada de conceptos a indemnizar,
- ✓ se reclamen antes de la prescripción de un año desde la orden que se proceda al reinicio de la ejecución del contrato.

A diferencia de la nulidad (el contrato no ha llegado a nacer jurídicamente), la resolución implica privar de efectos a una obligación válidamente nacida en el mundo del

³⁶ Art 217.1, LCSP 9/2017: *“Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 12, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos”*

Derecho. Se contemplan un listado de causas de resolución, siendo destacables el impago de salarios como causa de la misma y la posibilidad de que los Pliegos declaren de manera precisa Obligaciones Esenciales del contrato, cuyo incumplimiento autoriza a resolver el contrato (ya incluido en el anterior Texto Refundido).

Las causas de resolución pueden tener distintas consecuencias indemnizatorias y se debe aplicar la prioridad en el tiempo para su cálculo.

La resolución de un contrato permite reiniciar el procedimiento administrativo para convocar a una nueva concurrencia competitiva, con independencia de los acuerdos a los que se llegue entre las partes o las indemnizaciones que correspondan a cada uno de ellos.

8. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES DE CONTRATOS PÚBLICOS

Durante la ejecución del contrato es frecuente que surjan controversias al existir intereses contrapuestos. El interés público requiere que se continúe el contrato hasta su cumplimiento para dar satisfacción a la necesidad que dio origen a su existencia. El derecho comunitario exige que se respete el contenido de lo licitado, publicitado y adjudicado, pues de otro modo se produce la distorsión de la competencia, en detrimento de los licitadores potenciales.

El nuevo texto agrupa en una Subsección, en el Libro Segundo, la modificación de los contratos (en el anterior texto estaba repartida en el articulado): Potestad para modificar los contratos, modificaciones previstas, no previstas según el grado, obligación de modificar y el procedimiento para la modificación. Se eliminan las causas de imprevisibilidad (inadecuación, fuerza mayor, avances técnicos...) atribuidas por la jurisdicción comunitaria a *“falta de diligencia en el diseño del pliego”* y se adapta al nuevo régimen europeo.

La única razón contemplada en la Ley es la salvaguarda del interés general. Es obligatoria la publicidad de la modificación, conforme al principio de transparencia y extendido los efectos de este principio más allá del momento de adjudicación.

De ser necesaria la modificación, nos encontramos en dos situaciones: que esté contempladas en los Pliegos (y así haya sido publicitado) o no. Cada una de ellas nos dirige a un régimen distinto. Cualquier otra posibilidad conduce inequívocamente a la resolución del contrato vigente y la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación conforme a las nuevas condiciones³⁷. Las limitaciones a las modificaciones de los

³⁷ STJUE de 19 de junio de 2008, Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund), asunto C454/06:

contratos no diferencian entre contratos armonizados o no, sino que se establecen de manera inequívoca en todos ellos.

Las modificaciones contempladas en los Pliegos deben de ser claras e inequívocas y deben detallar alcance, límites y naturaleza, atenerse a circunstancias objetivas y establecer el procedimiento a seguir para la modificación.

Recogiendo las Directivas europeas se hace eco de la jurisprudencia al determinar que las modificaciones no pueden alterar la naturaleza del contrato original y expone ejemplos: la sustitución de la obra, suministro o servicio y la modificación del tipo de contrato alteran el contrato original³⁸, no así la sustitución de unidad de obra, suministro o servicio puntual.

El art. 72 de la Directiva 24/2014 contiene una variada casuística recogida para plasmar la jurisprudencia existente y da origen al artículo más confuso de la Directiva. Atendiendo al valor interpretativo, una modificación de un contrato público en ejecución se considerará sustancial según esta directiva si:

- a. *“... la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;*
- b. *que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;*
- c. *que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;*
- d. *que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d)”*.

“34 Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”

³⁸ STUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, asunto C-496/99, concluye el Tribunal que con carácter general, la modificación de la forma o la modalidad de pago lesiona los principios de igualdad de trato y transparencia:

“118 En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.”

La situación regulada para las modificaciones no publicitadas pretende establecer un régimen común y reproduce el art. 72.4 de la Directiva sobre la consideración o no como modificación sustancial según los efectos de la misma.

La jurisprudencia europea no contempla la modificación por “necesidades nuevas” por no ser una causa de imprevisibilidad y permitir que el poder adjudicador modifique unilateralmente las condiciones de licitación durante la fase de ejecución del contrato.

9. RÉGIMEN DE RECURSOS. MEDIDAS CAUTELARES.

El ordenamiento de la Unión Europea es consciente de que el sistema de recursos es un eficaz instrumento para garantizar la transparencia, la integridad y la gestión en el ámbito de la contratación. La aprobación de las Directivas europeas el 28 de marzo de 2014 (nota de pie ², página 6), conllevó la revisión de la Directiva 89/665/CEE relativa a la aplicación de los recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras el 17 de abril de 2014, a la que no afecta en los procedimientos de recursos contemplados, sino a las materias reguladas.

Al igual que en la normativa anterior, que incluyó el recurso especial, el nuevo LCSP 9/2017 dota a este recurso de unas características identificables:

- i) **rapidez** (los plazos son breves y las resoluciones del TACRC promedian 33 días en 2016 para su resolución),
- ii) **eficacia** (permite la suspensión del procedimiento de contratación),
- iii) **administrativo** (pero ajustado a los requisitos establecidos por las Directivas europeas: especializado e independiente del poder adjudicador)
- iv) **especial** (se distingue de los actos de contratación delimitados positivamente frente al resto de actos administrativos del procedimiento de contratación)
- v) **revisor** (su función se limita a revisar la legalidad del acto recurrido en base a las alegaciones de las partes, sin que el órgano puede sustituir la voluntad del órgano adjudicador)
- vi) **sucesivo** (se puede acudir primeramente a la vía administrativa y posteriormente a la jurisdiccional)
- vii) **agota la vía administrativa** (contra su resolución sólo cabe la vía contencioso administrativa –excepto que las comunidades en el ejercicio de sus competencias lo dispongan– y se prevé el silencio administrativo negativo en su caso)

La LCSP 9/2017 refuerza la importancia del recurso especial dándole contenido técnico en su articulado.

El art. 27 delimita la competencia atribuida al orden jurisdiccional contencioso administrativo y al civil: Como regla general, conocerá el Juez de lo Contencioso Administrativo las cuestiones correspondientes a toda la vida de los contratos administrativos.

También se atribuye a esta jurisdicción el enjuiciamiento de las distintas fases de la vida de los contratos privados, no regularizados, entidades del sector público..., en función de la incidencia que tengan sobre el interés general y su entrada dentro del ámbito objetivo de este Texto legal.

Se unifica en el Capítulo V, dentro del Libro I, el recurso especial que ahora **se podrá interponer** contra toda actuación relacionada con los contratos administrativos sujetos de las descritas en el art. 44.2 (excepto en los procedimientos por trámite de audiencia) en los que uno de los sujetos sea una Administración Pública o un poder adjudicador.

El recurso especial es **incompatible con el recurso administrativo ordinario** (ahora es alternativo cuando en la normativa anterior podía ser alternativo o sucesivo).

El recurso administrativo ordinario se reserva ahora para **todo aquel acto que no sea objeto de recurso especial** y bajo el régimen de la Ley del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que está de forma supletoria y regula el procedimiento administrativo.

En el ámbito de la Administración Central, **será competente para conocer del recurso especial el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, órgano administrativo adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública cuyos miembros serán inamovibles por un plazo de seis años y no precisan formación jurídica, únicamente se requiere ser funcionario de carrera y licenciado/graduado en derecho con más de 10/15 años de antigüedad, siendo preferible que el desempeño de su carrera haya sido en el ámbito del derecho administrativo, en el mundo de la contratación pública.

Se reconoce a las Comunidades autónomas la **posibilidad de crear un órgano equivalente a nivel autonómico**, que tendrá competencia sobre su propio ámbito regional o local, y la posibilidad de regular el órgano encargado para las entidades locales en caso de tener atribuida la competencia en materia de régimen local y contratación, siendo subsidiariamente competente el órgano regional. Los Municipios de gran población y las Diputaciones en el ejercicio de sus competencias podrán regular órganos de alcance similar.

Para poderes adjudicadores no Administración, será competente el Tribunal Administrativo o equivalente que sea competente para conocer en el ámbito de la Administración a la que esté vinculado.

Está **legitimado para interponer un recurso de forma gratuita cualquier que ostente la condición de interesado**³⁹ (art. 48, LCSP). Se reconoce una legitimación general a las organizaciones sindicales en caso de incumplimiento de obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación del contrato adjudicado y a la organización empresarial sectorial representativa.

Por regla general, **la interposición de un recurso contra el acto de adjudicación implica la suspensión del mismo.**

Serán **causas de inadmisión** del recurso:

- Falta de competencia del órgano para conocer.
- Falta de legitimación activa/pasiva, así como su acreditación.
- Interposición frente a actos no impugnables
- Transcurso del plazo establecido

se encomienda al órgano competente estudiarla de oficio

La **resolución que resuelve el recurso será motivada en derecho y congruente**. Puede llegar a anular actos del expediente de contratación relacionados con la aprobación de los pliegos, la documentación contractual... alcanzando la retroacción de actuaciones, si procede.

Las infracciones de preceptos legales por parte del órgano de contratación dan origen a **derecho de indemnización de los daños fehacientemente causados**, así como la temeridad o mala fe en la interposición del recurso da derecho a la imposición de multa al responsable.

El Texto legal positiviza en su art. 50.1 un minucioso articulado destinado al cómputo del plazo, motivado por las diferentes sentencias nacionales y europeas sobre esta cuestión.

³⁹ STJUE de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH contra Universität für Bodenkultur Wien, asunto C-355/15:

“34. Procede observar, por añadidura, que, como resulta de los artículos 1, apartado 3, y 2 bis de la Directiva 89/665, ésta garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.”

9.1 ACTOS OBJETO DE RECURSO.

Es jurisprudencia consolidada del TJUE que ***el objeto del recurso debe coincidir plenamente con las materias reguladas*** en el ordenamiento jurídico europeo y a su vez, con las Directivas de Contratación Pública, de forma que si cambian el objeto de las Directivas europeas, cambia la materia de recurso especial, a pesar de que no cambie la redacción de las propias Directivas⁴⁰.

Se incluyen en el ámbito objetivo del Recurso Especial de contratación todo acto o decisión referido a un contrato de obras de cuantía estimada superior a tres millones de euros o de suministro y servicio por cuantía estimada superior a cien mil euros, así como los acuerdos marcos o sistemas dinámicos para celebrar alguno de los contratos anteriores y la concesión de obras o servicios por cuantía superior a tres millones. Se incluyen también aquellos contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, aquellos subvencionados de forma directa y en más de un 50% por un poder adjudicador dentro de una categoría definida, y en caso de cuantía indeterminada o duración se total más las prórrogas sea igual o superior a lo establecido en contratos de servicios.

Se excluye de este recurso los procedimientos que se sigan por el trámite de emergencia.

Puede ser objeto de recurso el listado no excluyente del art. 44.2, destacando entre ellos por su relevancia, el acuerdo de adjudicación y las modificaciones contractuales que implicarían un nuevo procedimiento de adjudicación, por su novedad. Todos estos actos sujetos al recurso especial no pueden ser objeto de recuso administrativo ordinario.

9.2 MEDIDAS CAUTELARES.

La LCSP 9/2017 plasma las medidas contempladas en las Directivas europeas dentro del régimen administrativo, no judicial, de tutela similar pero que no obvian sus especialidades.

La interposición del recurso legitima para la petición de medidas cautelares que protejan el interés público, que pueden incluir la suspensión de la adjudicación o de la ejecución del contrato. En caso de adoptarse medidas provisionales para la interposición de

⁴⁰ STJUE de 2 de junio de 2005, Koppensteiner GmbH contra Bundesimmobiliengesellschaft mbH, asunto C-15/04:

“El órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios”

un recurso, decaerán una vez que haya transcurrido el plazo para su presentación y no se haya interpuesto.

Las medidas cautelares **se solicitan ante el órgano que deba resolver el recurso**, que lo comunica al órgano de contratación para darle oportunidad de alegar. En caso de no hacerlo, se continuará la tramitación y se tendrá por no alegado. El órgano competente decidirá sobre la conveniencia o no de interrumpir el plazo de presentación de ofertas. El TACRC procederá a ponderar las consecuencias positivas/negativas de mantener las medidas provisionales de todos los intereses afectados, incluido el interés general.

La adopción o no de medidas cautelares no es recurrible. Puede incluir la constitución de una caución para responder de los perjuicios que puedan derivarse.

De manera breve y sin distraernos del objeto de este trabajo, hay que recordar que una vez concluido el recurso especial (que no olvidemos que es un recurso administrativo) queda abierta la vía de la jurisdicción contenciosa. En el régimen general de la jurisdicción contencioso administrativa, lo relativo a medidas cautelares con independencia de que el acto provenga de un órgano contratante o un Tribunal administrativo, está ubicado en los art. 129-136 de la ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Las medidas cautelares judiciales se dirigen a asegurar la eficacia de la resolución judicial que pone fin al procedimiento, evitando la producción de perjuicio de imposible o difícil reparación. Es una faculta jurisdiccional de tutela efectiva ordinaria, en la que se ponderará el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* para definir prudentemente la decisión judicial. Ambos requisitos se reconocerán en las sentencias del Tribunal administrativo que ponderarán los intereses afectados y el interés general.

9.3 ASPECTOS PRÁCTICOS.

El recurso se inicia mediante escrito presentado en los registros que el art. 16.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común establece (Registro Electrónico General de la Administración, sedes electrónicas...) y contendrá:

- 1º. Acto recurrido
- 2º. Motivo en el que se fundamenta el recurso
- 3º. Medios de prueba
- 4º. Adopción de medidas cautelares, si procede
- 5º. Acreditación de la representación del titular.
- 6º. Acreditación de la legitimación del actor si proviene de transmisión.
- 7º. Identificación del acto expreso recurrido (notificación, expediente, boletín oficial, perfil del contratante...)
- 8º. Documentación en que se funde el derecho aludido.
- 9º. Dirección de correo electrónico habilitada

Se contempla un plazo de tres días para que el interesado pueda subsanar los defectos o faltas de acreditación en su escrito. En caso de no subsanarse, decae el recurso. La documentación con la que se subsane el recurso sólo se puede presentar en el Registro del órgano competente para la resolución del recurso.

Todo interesado puede solicitar al órgano de contratación acceder al expediente, que dará acceso en un plazo de cinco días, sin que ello determine la paralización del plazo de interposición del recurso.

El plazo para la interposición del recurso será de 15 días hábiles:

- ✓ **Contra el anuncio de licitación:** a partir del día siguiente a la publicación en el perfil del contratante
- ✓ **Contra pliegos o documentos contractuales:** a partir del día siguiente a la publicación en el perfil del contratante si se indica en el perfil la forma de acceder a ellos, o el día siguiente al que se haga entrega al interesado o se ponga a su disposición en el perfil del contratante.
No podrá interponer recurso contra los pliegos o documentos contractuales aquel licitador que haya presentado oferta, con la excepción del recurso por razón de nulidad de pleno derecho
- ✓ **Contra actos de trámite del procedimiento de adjudicación:** desde el día siguiente al que se tiene conocimiento de la infracción.
- ✓ **Contra la adjudicación:** desde el día siguiente al que sea notificado el candidatos o licitadores admitidos
- ✓ **Contra modificación:** desde el día siguiente a su publicación en el perfil del contratante.
- ✓ **Contra encargo a medio propio:** desde el día siguiente a la publicación en el perfil del contratante
- ✓ **Contra cualquier otro caso:** desde el día siguiente a la notificación.
- ✓ **Por las siguientes razones de nulidad plena:**
 - falta de publicación en el medio preceptivo
 - el incumplimiento del plazo que permite interponer recursos contra los actos del procedimiento e incumplimiento del procedimiento de adjudicación
 - no suspensión automática de la adjudicación si procede, o medida cautelar de suspensión:
 - incumplimiento de normas de acuerdo marco.

Se podrá interponer en el plazo de 30 días hábiles a contar desde la formalización del contrato (deberá de acompañarse de las razones justificativas de la no necesidad de publicación), desde la notificación al resto de licitadores (con los motivos del rechazo de su candidatura y los motivos determinantes para el adjudicado)
- ✓ **Por otras razones:** seis meses desde la formalización del contrato.

10. REFLEXIONES SOBRE LA LCSP 9/2017 2017.

La Contratación Pública no es un campo legislativo tranquilo. Antes de la aprobación por el Congreso de la Ley 9/2017, la Comisión Europea emite Recomendaciones continuamente (“Conseguir que la Contratación Pública funcione a Europa y para Europa”, “Construir una arquitectura para la profesionalización de la Contratación Pública” ambas de 3 de octubre de 2017), que recogen la vigencia de las Directivas europeas y la necesidad de aplicar inteligentemente esas “nuevas” normas en Europa⁴¹: potenciación de la contratación centralizada o estratégica, mayor utilización de los criterios coste-eficacia, uso más amplio de la asociación para la innovación (17 procedimientos iniciados en Europa entre 2014-2017), profesionalización de los agentes, simplificación y transformación digital de los procesos de contratación pública, compras conjuntas

La Comunicación de la Comisión mantiene que “la contratación pública depende de la competencia abierta para ofrecer la mejor relación calidad-precio para el erario público”. Si bien, desde la entrada en vigor de las Directivas, el 5% de los contratos públicos publicados se adjudican después de negociación, sin publicidad de la licitación, el número de licitaciones con una única oferta pasa del 17% al 30%, el número medio de ofertas por licitación cayó de 5 a 3...

La Comisión pretende impulsar la asociación de las autoridades nacionales, regionales, locales, empresas e interesados en general, de forma que se obtengan beneficios globales superiores a los esfuerzos individuales agregados. Para utilizar la contratación pública como un instrumento nacional, la Comisión identifica seis prioridades:

- Incremento del papel de la contratación pública estratégica mediante la aplicación sistemática de los criterios estratégicos.
- Profesionalización del personal, mediante formación y nuevas tecnologías.
- Mejorar el acceso de empresas y PYMES a la contratación pública⁴² y promover la contratación transfronteriza.

⁴¹ Recomendación de la Comisión de 3.10.2017 sobre “LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA” (Texto pertinente a efectos del EEE) {SWD(2017) 327 final})

“Se entiende en líneas generales que el objetivo de la profesionalización de la contratación pública es reflejar la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación. Abarca también las herramientas y el apoyo, así como la arquitectura política institucional, que son necesarios para realizar el trabajo de forma eficaz y obtener resultados.”

⁴² Se evalúa en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones “Normativa inteligente para las PYMES” (2017/C 342/08), de 13 de julio de 2017, los efectos de las Directivas europeas de contratación en la PYME e insta a favorecer a las PYMES en la contratación pública dada su relevancia en a nivel local, mediante la adaptación de los requisitos, modalidades y plazos de pago, simplificando las especificaciones, facilitando gratuitamente la información....

- Facilitar más y mejores datos de contratación que favorezcan la transparencia y la integridad mediante Registros de contratación de acceso público, protección de denunciantes en caso de corrupción...
- Transformación digital de todo el proceso de contratación pública: planificación, licitación, adjudicación, notificación, facturación, pago y archivo.
- Compra conjunta mediante la cooperación entre poderes adjudicadores y agregación de las necesidades.

Se ha realizado la transposición de las Directivas comunitarias mediante la integración de las modificaciones europeas en la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 y se han incorporado otros aspectos relacionados con la contratación pública, pero ajenos a la técnica legislativa (lucha contra la corrupción, valores sociales) que ha dado como resultado un texto complejo y que generará dificultades en las Administraciones que si bien deben de someterse a su régimen, no tendrán capacidad técnica de adoptar la plenitud de lo dispuesto.

La prioridades anteriormente reseñadas no se ven reflejadas en el nuevo Texto legal de una manera ineludible e impedirán el cumplimiento de los objetivos que se fija en la Comisión para finales de 2018 (p.e: biblioteca electrónica de buenas prácticas en materia de contratación, mecanismo de evaluación *ex ante* de grandes proyectos, red nacional de contratación en innovación, formularios normalizados de contratación para la recopilación de datos, herramienta e-Certis, documento europeo único de contratación, formación...) que si bien algunos de ellos sí se encuentran en la Ley (desarrollo de una red de órganos de recursos de primera instancia...), otros se antojan imposibles de llevar a la práctica con este documento (contratación electrónica en todo el procedimiento) y deberían encontrar acomodo. No podemos olvidar, que la transposición de las Directivas lleva más de tres años de retraso con respecto a los países europeos que las han incorporado con anterioridad, y el legislador europeo no interrumpe su actividad por nuestro retraso.

El texto normativo es un texto que en muchos aspectos desciende al nivel reglamentario, impidiendo una mayor vigencia temporal. Con la entrada en el texto de datos reglamentarios, se precisará que cada modificación de poco calado jurídico conlleve la necesaria adaptación de la ley. Si se hubiera hecho una ley más general a nivel contratación, desarrollada mediante el correspondiente reglamento (el actual está vigente desde 2001, con una revisión profunda en noviembre de 2015 a raíz de la entrada en vigor de las leyes 39 y 40/2015), hubiera permitido una mayor permanencia de la ley, siendo el reglamento el que mostrara la flexibilidad jurídica necesaria para adaptarse a los cambios impuestos por jurisprudencia europea, la innovación, la tecnología, criterios sociales, demandas ambientales, objetivos comunitarios derivados de las prioridades expuestas con

anterioridad en este epígrafe o de nuevo cuño... La permanencia de la Ley estará siempre del lado de la seguridad jurídica: se genera confianza en que el poder adjudicador no va a variar las reglas del juego y se posibilita que un licitador haga su mejor oferta.

Valgan como ejemplos: una parte importante de la contratación pública (22,43%) son contratos de obra. El Ministerio de Fomento lleva desde julio de 2015, una estrategia para la implantación de modelos tecnológicos en los proyectos de licitación de obras (que entrarán en vigor en diciembre de 2018 y en julio de 2019 para los proyectos de infraestructuras) que no se ven reflejados en una norma legislativa que por su carácter tan técnico entra en detalles reglamentarios y que requerirán su adaptación⁴³. En esta misma línea y dentro de la Estrategia Europa 2020 de la Comisión europea, se impulsará la Estrategia Estatal de Innovación (e2i), a través de la Compra Pública de Innovación (CPI) que pretende estimular la innovación empresarial a través de los contratos públicos de adquisición de bienes, obras o servicios entre otras vías, mediante el impulso legal... Se puede deducir que esta Ley no aborda estos planteamientos que requerirán modificaciones en la mayoría de los contratos públicos para no dejar a las empresas europeas al margen del avance tecnológico.

La Unión incorpora acertadamente el principio de integridad ética como regla de las políticas públicas. La primera distorsión del mercado se puede apreciar en la licitación de aquello que no hace falta⁴⁴ y se requerirá para ello una planificación general de políticas públicas. Esta ley recoge que la contratación pública debe basarse en la integridad y mejorar la transparencia. En esta línea, el requisito de *la justificación de la decisión previa de las necesidades a satisfacer* se puede convertir en un instrumento que favorezca la transparencia.

Se desincentiva el procedimiento negociado, siendo el procedimiento abierto simplificado el procedimiento general, lo que favorece la publicidad y concurrencia de licitadores. Se añade el fraccionamiento del contrato como regla general, lo cual puede facilitar la incorporación de PYMES para contratar (en la actualidad, sólo consiguen el 45% de los contratos públicos), pero dificultará la gestión integral de muchos contratos a la hora de responsabilidades y garantías, diluyendo el contrato fallido en el conjunto contractual.

⁴³ Nota de prensa de la 5ª reunión de la Comisión para la implantación de la tecnología BIM (Ministerio de Fomento) de 8 de mayo de 2017:

“... el ministro de Fomento ha recordado que la Unión Europea ha instado a España a incorporar esta metodología para tratar de llevar a cabo un **cambio normativo en los procesos de contratación y licitación.**”

⁴⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, VICENTE. “La necesidad y la urgencia en el Derecho Público”. Derecho Administrativo I: Introducción y Ordenamiento Jurídico (ISBN 84-96440-99-0) - (RI §910024), Editorial Iustel

“...*que exista una situación fáctica (elemento fáctico) que ponga en peligro el fin comunitario esencial (elemento teleológico), habrá lugar al recurso a los poderes de necesidad. De producirse su utilización en caso contrario, será abusiva y, por tanto, contraria a Derecho*”

Es positiva la eliminación de las Instrucciones de Contratación de determinadas administraciones, que permitía evadir los requisitos de la Ley. Como ya he reseñado, este Texto legal requiere la exigencia de justificación de cualquier requisito que no esté presente, lo que reducirá estas irregularidades en gran medida. Se plantea aquí la complejidad española respecto a la capacidad normativa autonómica, que exigirá un esquema de interoperabilidad, ya que es la Unión la que exige la coordinación nacional.

Se profesionalizan las mesas de contratación y se exige la publicación de una composición detallada de sus miembros (se pueden poner nombres y apellidos a los participantes) eliminando la participación de los políticos en su composición, así como de sus actas e informes con juicios de valor

El recurso especial es neutral, encaminado a profesionales en el Tribunal de Contratación, y ayuda a la salvaguarda de los principios que impulsa la Unión. En los años de funcionamiento de los nueve Tribunales administrativos se han estimado total o parcialmente el 35% de los recursos especiales frente al prácticamente 1% de recursos ordinarios (vigentes en la ley de 2011). Este control que se ejerce sobre los grandes contratos revela la estimación de irregularidades en mesas de contratación de alto nivel. La ampliación del ámbito del recurso especial a más licitaciones permitirá ejercer un control más riguroso sobre la contratación pública, en aras de una mayor transparencia.

La transparencia será un factor instrumental importante en la contratación para la lucha contra la corrupción: permite una rendición de cuentas y tiene una relación directa con la igualdad de trato de los licitadores. El principio de transparencia no termina con la adjudicación, sino que permanece latente durante la ejecución del contrato y la evaluación de su cumplimiento, manifestándose en las herramientas de control establecidas para ello.

Se está poniendo coto a la posibilidad de la Administración de adjudicar directamente contratos: Se ha puesto especial atención en la regulación del contrato menor, reduciendo sus umbrales (40.000 euros para obras y 15.000 para servicios), ahora serán publicados y exigiendo la justificación de que no es un fraccionamiento del contrato que evite otro procedimiento o que el contratista no ha suscrito otros contratos que conjuntamente superen los límites. A cambio, se contempla una tramitación rápida y ágil para aquellos contratos con unos umbrales de 80.000 euros en obras y 35.000 euros en servicios: se exime de acreditar solvencia en todos los campos y de constituir garantía definitiva, criterios de valoración automáticos...

La rendición de cuentas hará necesario justificar no sólo el balance económico, sino el uso estratégico de las políticas de contratación, acorde a los aspectos de la buena gobernanza: obliga al Tribunal de Cuentas a la revisión de la información, para lo que se potencia la Junta Consultiva (comité en materia de contratación pública, oficina de supervisión de la contratación, estrategia nacional de contratación...)

Es importante observar que la Oficina Antifraude de la Unión Europea señala signos que delatan irregularidades en la contratación pública: fraccionar contratos para eludir obligaciones de publicidad, incluir condiciones de solvencia o experiencia innecesarios que buscan restringir la competencia, plazos de presentación de ofertas insuficientes, procedimientos con preadjudicación (alguna empresa redacta los pliegos de contratación...).

Esta Ley contempla supuestos de *conflicto de interés*, con la obligación de poner en conocimiento del órgano de contratación.

Se ha simplificado el procedimiento abierto simplificado, pero no el resto de procedimientos. Se necesita un rediseño de todos ellos, acortando los plazos sin perder las garantías.

La UE impulsa el procedimiento electrónico en todas sus fases, pero este LCSP 9/2017 no ha aprovechado la ocasión de implantarlo (contradiciéndose con la impulsión que se pretende con la Ley 39/2015).

La normativa de contratación debe coordinarse con la normativa presupuestaria, ya que la tramitación de una licitación puede saltar el plazo presupuestario y requerirá de prórrogas para no perder el esfuerzo realizado.

Esta ley la tendrán que aplicar en un Ministerio y en una pequeña Administración local. La diferencia entre sus recursos impedirá que tenga una aplicación homogénea.

El secretario de un ayuntamiento pequeño no puede hacer frente a las necesidades de la contratación de su entidad a la hora de hacer una licitación: preparación de la licitación, pliegos, conocer la normativa nacional, autonómica, conocer la doctrina de los Tribunales de Contratación, la legislación europea y las interpretaciones jurisprudenciales del TJUE. Se requiere un nivel de especialización muy importante y, como ya sucede en algunos países de nuestro entorno (*procurement officers*), debería categorizarse e incluirse en las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones. Se requerirán herramientas y recursos humanos que acompañen esta preparación. Y todo esto es aplicable también a las personas jurídicas.

La supervisión del procedimiento de contratación está en manos de los controles que se han visto incrementados con esta Ley (publicación de todos los licitadores que participan, decisiones en las que se basan las modificaciones, bajas temerarias, información sobre los expertos externos en la redacción de los pliegos y las valoraciones de las ofertas, razones técnicas de la adjudicación, obligación legal de justificar los datos que no se publiquen, nombramiento obligatorio de un responsable del contrato...). Es reseñable la asistencia y apoyo que presta la Comunidad de Aragón a los operadores (órganos de

contratación y licitadores) desde su Oficina de Contratación Pública como forma de supervisión del cumplimiento de la normativa.

Sirva como conclusión acabar con tres aspectos señalados por la Comisión europea y en los que se deberá profundizar en futuros tratamientos de la legislación de contratación:

- Simplificación de la normativa que regula la contratación.
- Profesionalización de los actores participantes en la contratación.
- Adaptar los principios de la buena gobernanza exigidos por la sociedad.

En noviembre de 2017

Fdo.: JUAN LUIS GONZÁLEZ ALISTE

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'J' and 'L' followed by a horizontal line and a vertical line, crossing at the end.

11.BIBLIOGRAFÍA.

- INFORME AL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, del Consejo General del Poder Judicial
- INFORME 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)
- LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN SIN NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, de 1 de marzo de 2016, Tribunales Administrativos de Contratación Pública
- CORRAL GUERRERO, LUIS. *“La Unión Europea: Sus principios y naturaleza”*. Cuadernos de Estudios Empresariales, 2000, 10: 61-81. ISSN: 1131-6985
- DÍEZ-MORENO, FERNANDO, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Editorial Civitas Ediciones, SL, 2ª Edición, 2001 – ISBN: 9788447011063
- ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano. Los principios generales del derecho y su reflejo en el ámbito del derecho administrativo.
- PUERTA SEGUIDO, Francisco, y otros. *“Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”*. Editorial La Ley, 2016 - ISBN: 978-84-7052-709-8
- GABINETE TÉCNICO DEL TRIBUNAL SUPREMO, *“Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª Tribunal Supremo. 2015-2016”*, dentro de la serie *“Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo 2015-2016”* – Jurisdicción Administrativo EDC 2017/507807, de 8 de septiembre de 2017
- GABINETE TÉCNICO DEL TRIBUNAL SUPREMO, *“Doctrina Jurisprudencial sobre Contratación Administrativa”*, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2009-2016
- VII SEMINARIO CONTRATACIÓN PÚBLICA – FORMIGAL, 20-22/09/2017. Han sido estudiados para la realización de este trabajo:
- “Transparencia en el Expediente de Contratación”*, de Rafael Fernández Acevedo
- “La simplificación de la contratación pública: reflexiones a propósito de la nueva Ley de contratos del sector público”*, Miguel Ángel Bernal Blay

“La confidencialidad en la Contratación Pública”,

Martín María Razquín Lizárraga

COLAS TENAS, Jesús. “LA ADJUDICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INCIDENCIA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA”. Informe para el CGPJ – Escuela Judicial. 2016

MAUDES GUTIERREZ, Antonio y MANUEL CONTRERAS, Juan, “POR UNA NORMATIVA EFICIENTE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO” de 07/02/2017, disponible el 20 de octubre de 2017 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1127/reلمenu.2/chk.2b9c0408cd4a3dd714ffe04286d0eac3>

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y otros, “SIGNIFICACIÓN DEL CONTRATO EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO”. Epígrafe 3 – “Los contratos en el ámbito del derecho administrativo”, Tirant On Line – TOL 1.791.459. Marzo 2010

GIMENO FELIÚ, José María, “PROYECCIÓN SECTORIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL”, tema 7 – Contratación Pública. Curso Virtual de Derecho de la Unión Europea (Edición 2016). Escuela Judicial, CGPJ

QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro, “SISTEMA DE RECURSOS Y MEDIDAS CAUTELARES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INCIDENCIA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”. (Edición 2016). Escuela Judicial, CGPJ